

POR

DON ALONSO MILAN DE Aragon, Lugar-Tiniente de Teſorero General, y Juez de capa, y eſpada en el Real Senado de Valencia.

CON

LA EGREGIA D. ISABEL DE Zuñiga y Quelpo, Condeſa de Montalvo, viuda, y heredera del Noble Don Antonio de Calatayud y Toledo, Cavallero de la Orden de Nueſtra Señora de Monteſa, del Conſejo de ſu Mageſtad, en el S. S. R. Conſejo de Aragon, y de Cruzada.

SOBRE

La demanda de Reivindicacion, pueſta por Don Alonſo, del Lugar de Lanſol de Torrelles, y retencion de aquel, por ſus creditos liquidos en ſu caſo, y lugar.

1 

VIENDO De contratar Matrimonio Don Felipe Milàn de Aragon, hijo de Don Francisco, y Doña Margarita de Castellblanch, con Doña Ana Maria Torrelles, señora del lugar de Lansol, firmaron las partes en poder de Iayme Lloret Notario de la Ciudad de Xativa en 29. de Setiembre 1620. la capitulacion Matrimonial que se halla en el pleyto, fol. 99.

2 Y en el cap. 6. se acordò, que Doña Margarita Castellblanch haria donacion à Don Felipe su hijo de 8000. libras, en contemplacion de aquel Matrimonio.

3 En el cap. 8. Doña Ana Maria Torrelles se constituyò en dote 12000. libras, las quales, y su aumento prometiò restituir Don Felipe, en caso de restitucion.

4 En el cap. 9. prometiò Doña Ana Maria, que efectuado el Matrimonio transportaria à Don Felipe en pago de las 12000. libras de su dote el dicho Lugar de Lansol, con su jurisdicion, y demàs derechos.

5 En el cap. 10. para el caso de restitucion, se acordò, que se huviesse de bolver à la dicha Doña Ana Maria el referido Lugar por su justo valor.

6 Y por vltimo en el cap. 12. se ajustò, que tanto el Lugar, como las 8000. libras de la donacion de Doña Margarita huviessen de ser para los hijos, y descendientes barones, y hembras de aquel Matrimonio, para aquellos que cada vno de los contrayentes dispondria, respecto de su Patrimonio vt. ibi: *Sien, y hajen de ser pera els fills naixedors del dit Matrimoni, y descendents de aquells axi mascles com femelles, pera daquells que dit Don Felip Mila de Arago, y Doña Ana Maria Torrelles voldran, y dispondran, respective, ço es lo dit Don Felip Mila de Arago deles 8000. lliures que la dita Doña Margarita de Castellblanch Mare de su merce lia donat en censals, y dita Doña Ana Maria Torrelles del dit Lloch de Lansol, per ser bens que cada hu de ses merces ha portat pera el dit Matrimoni, y de aquells tenint fills, ò descen-*

cendents del dit *Matrimoni*, *no puixen dispondre*, *sino en los dits fills*, *ò descendents de aquells a sa voluntad respective*, &c. y concluye ibi: *A la voluntat de cada hu de dits Don Felip Mila de Arago*, *y Doña Ana Maria Torrelles*, *respectivament com de sus esta dit cada hu de sos bens propris.*

7. Efectuose el Matrimonio de Don Felipe, con Doña Ana Maria, y solamente procrearon en hijas legitimas à Doña Antonia, y Doña Theodosia Milan.

8. Despues Doña Ana Maria en su vltimo testamento, recibido por Antonio Iuan Truchillo Notario en 16. de Iulio 1635. dispuso en esta forma: *En tots los altres bens*, *è drets meus*, &c. *Fas è instituheixch hereu meu propri vniversal*, *y en cara general*; *primo loco à Don Felip Mila de Arago*, *marit*, *y señor meu*, *ab tal empero pacte*, *que dita mia herencia hatja*, *y tinga obligacio de dispondre en dites Doña Antonia Mila*, *y Doña Theodosia Mila Germanes*, *filles mies*, *y naturals llegitimes*, *donant li facultat*, *que aquell done*, *y deixe à la vna mes*, *que à laltra*, *deixantho a sa disposicio*, *y voluntat*, *com aquesta sia ma voluntat*, *y no en altra manera*, segun consta por la clausula del fol. 17.

9. Don Felipe aceptò la herencia, y colocando en Matrimonio à Doña Antonia Milan su hija con el Egregio Conde de Chestalgar, acordò, y firmò en poder de Iayme Gazò Notario en 26. de Março 1644. la capitulacion, fol. 4. y pag. 2.

10. Y en el primer capitulo constituyò por dote de su hija Doña Antonia 9000. libras, las 4000. libras en bienes proprios de Don Felipe en la tapiceria, y joyas mencionadas. 2200. libras en el derecho de recobrarlas de la administracion de Pedro de Zalfedo. 2547. libras en censos contra Benimeixix y Seniera, y la restante cantidad en casas de dicha herencia, que Don Felipe podia gozar mientras viviesse.

11. Y en el segundo capitulo, vsando Don Felipe de la facultad que le concediò Doña Ana Maria su muger, se obligò à hazer donacion entre viuos, para despues de sus dias, a favor de Doña Antonia, y de los hijos, y descendientes legitimos, y naturales de aquel Matrimonio del susodicho

cho Lugar de Lansol,con los pautos,vinculos, ỹ condicio-
nes siguientes.

12 *Que morint dita Doña Anthonia sens fills del present Matrimoni,ò faltant la descendencia llegitima dels dits Conde Don Gaspar, y Doña Anthonia,dits Lloch de Lan sol, y Moli hatjen de venier, y pertanyer à Doña Theodosia Mila y Arago filla dels dits Don Felip, y Doña Ana Maria Torrelles, y Germana de dita Doña Anthonia, si en dit cas viua serà, y sino als fills, y descendents de dita Doña Theodosia in perpetuum, ab vincle gradual, y regular, sens fer trancit de vna linea, à altra, y preferint en vna mateixa linea los demes propinchs en grau, y en vn grau, los homens ales dones, y sent tots homens, ò totes dones, los de vn grau, los majors, y les majors als menors.*

13 *Y faltant tota la descendencia de dita Doña Theodosia hatjen de venir, y vinguen dits lloch de Lansol, y Moli à D. Luisa Torrelles Mila y Arago, Germana de dita Doña Ana Maria Torrelles, y muller de Don Francisco Mila de Arago, Cavaller del Habit de Sent Iaume de la espasa del Consell de su Magestad, Llochtinent de Portant veus de General Governador del present Regne de Valencia, en la Ciutat de Xativa, y son districte, si viua serà, y sino als fills, y descendents de aquella, aquell, ò aquells, y en la forma, y manera, que aquella dispondrà en son vltim testament.*

14 Y para mayor cumplimiento de lo acordado; con auto que passò ante el mesmo Iayme Gazò en el proprio dia que està en el pleyto, fol. 19. pag. 2. Don Felipe hizo donacion para despues de sus dias à Doña Antonia su hija del dicho lugar de Lansol, con los pautos, y vinculos arriba expressados.

15 Passò despues Don Felipe en su vltimo testamento, recibido por Antonio Iuã Truchillo en 24 de Mayo 1653. que està en el pleyto, fol. 130. pag. 2. à nombrar en heredera de todos sus bienes, y de los demàs que recaian en la herencia de dicha Doña Ana Maria à Doña Antonia su hija, *con los pautos ibi expressados.*

16 Y en 20. de Agosto del proprio año 1653. Francisco Heredia Notario, intitulandose Procurador de Doña

Antonia, obtuvo declaracion en la Corte del Justicia Civil de la Ciudad de Valencia, de aver sucedido aquella en el lugar de Lansol, y demàs bienes de la herencia de Doña Ana Maria su madre, en virtud del Vinculo del cap. 12. de los Matrimoniales de Don Felipe con Doña Ana Maria, libres de los pactos, Vinculos, y condiciones puestos por Don Felipe en su testamento, segun resulta de la declaracion que se halla en el pleyto, fol. 11.

17 Con este motivo se introduxo Doña Antonia en la possession del dicho lugar, y aviendole premuerto, sin hijos, ni descendientes Doña Theodosia su hermana, y Doña Luisa Torrelles su Tia, dexando en hijo, y heredero à Don Alonso mi parte, muriò despues Doña Antonia sin descendencia alguna en el año 1685. por lo que Don Alonso en la misma Corte Civil de Valencia obtuvo declaracion de aver sucedido iure vinculi en el lugar de Lansol, segun consta por la que se halla presentada, fol. 31. y con peticion de 24. de Octubre 1685. puso Don Alonso en el Real Senado de Valencia la demanda de que tratamos contra el Noble Don Antonio de Calatayud y Toledo, quondan Regente en este S. S. R. Consejo de Aragon, posseedor tunc temporis de dicho lugar; la qual prosigue con la Egregia Condesa de Montalvo su muger, y heredera.

18 Las partes apelaron respectivamente de sus declaraciones, è introducidas en aquella Real Audiencia, se cumularon con el pleyto de la demanda, con provisiones de 13. de Iulio 1686. fol. 41. y 6. de Semptiembre 1687. fol. 249.

19 Sin perder de vista esta demanda, despues de la muerte del Noble Don Antonio Calatayud, por hallarse Don Alonso en la possession pacifica de dicho lugar, pretende su retencion, hasta reintegrarse de los creditos que tiene deducidos en peticion de 10. de Enero 1693. fol. 289. pag. 2. y justificados en el discurso del pleyto, y en especial en peticion de 1. de Febrero 1694 en la Sequella.

20 Y para evidenciar la justicia, que sobre este Hecho assiste à Don Alonso, y la insubsistencia de las razones, en que

que puede entender fundar ſu pretenſion la Egregia Condeſa, ſe diſcurriràn en eſte Alegato quatro puntos principales.

21 El primero para manifeſtar, que Don Felipe pudo gravar à Doña Antonia, no ſolo en favor de Doña Theodoſia, ſi tambien de qualeſquiera otros.

22 El ſegundo para fundar que Don Felipe pudo gravar à Doña Antonia, no ſolo por la facultad que le concediò Doña Ana Maria ſu muger, ſino tambien por averla inſtituido Don Felipe heredera.

23 El tercero para aſſegurar, que en caſo de no conſiderarſe en Don Felipe facultad de gravar, por tener propria la mitad del lugar de Lanſol, y averſela dado à Doña Antonia, devia ſubſiſtir qualquier Vinculo, ò gravamen.

24 Y el quarto para probar, que no teniendo lugar la demanda, le compete à Don Alonſo, retencion del lugar, para reintegracion de ſus creditos.

PVNTO PRIMERO.

Que Don Felipe Milan de Aragon, en virtud de la facultad que le concediò D. Ana Maria Torrelles ſu muger, ſeñora del lugar de Lanſol, pudo gravar à D. Antonia ſu hija, no ſolo à favor de D. Theodoſia ſu hermana, ſi tambien à favor de qualeſquier otros.

25 ES propoſicion conſtante, que ſe pueden fundar Vinculos, y fideicomiſſos, no ſolo en vltimas voluntades, ſi tambien en donaciones, y contratos, *leg. quoties* 3. *C. de donat. quæ ſub modo*. Peregrin. *de fideicomiſ. art.* 1. *num.* 16. *& art.* 51. *num.* 2. Fuſar. *de ſubſtit. queſt.* 14. *num.* 1. *& queſt.* 308. *num.* 78. Gracian. *diſcept.*

cept.forenſ.lib.2.cap.247.num.1. Fontanel.*deciſ.467.num.* 6. Y que Don Felipe pudo por via de donacion diſponer de dicho lugar. Fontanel.*cum multis dict.deciſ.467.num.6.*

26 Y con eſte principio elemental es llano en viſta de las palabras del cap.12. de los Matrimoniales de Don Felipe con Doña Maria Torrelles en el pleyto fol.99.inſertas, *num.* 6, ibi: *Pera aquells que dit Don Felip Mila de Arago voldran, y diſpondran*, y de las de la clauſula hereditaria de Doña Ana Maria Torrelles en el pleyto, fol.17. inſertas *num.* 8. ibi: *Donantli facultat que aquell done, &c.* Que aunque Don Felipe no tuvieſſe tan libre la diſpoſicion de los bienes de Doña Ana ſu muger, que pudieſſe diſponer en eſtraños, excluyendo del todo à ſus hijas, pudo muy bien diſponiendo entre aquellas, en ſu falta, y de ſu deſcendẽcia, imponer el gravamen de la ſubſtitucion, à favor de Doña Luiſa Torrelles, hermana de Doña Ana Maria, y de los deſcendientes de aquella, qual es Don Alonſo mi parte ſu hijo, y vnico heredero.

27 La propoſicion ſe infiere baſtantemente de las palabras, *voldran, y diſpondran*, de dicho cap.12. que inducen libre diſpoſicion, y arbitrio, *leg. cum quidam 24. ff. de leg.2.* ibi: *Rogo reſtituas libertis meis, quibus volles Marcellus putavit poſſe heredem, & indignum præferre, l. fideicomiſſa 11. §. quamquam 7. ff. de leg.3. l. fideicommiſſaria 46. in prin. & §. 1. ff. de fideicomiſ. libertat.* Bartol. *in l.1. ff. de legat.2.* Menoch *de arbitrar. lib.1. queſt.7. num.1. & 2.* Caſtill. *cum multis lib.4. controverſ. cap.36. num.47.* y lo meſmo fue dezir, *voldran, y diſpondran*, que ſi ſe dixeſſe, *eligiran, leg. vnum ex Melia 67. §. Rogo ff. de legat.2.* ibi: *Cui volles quo ad verba attinet ipſius erit electio leg. heredes mei 57. §. final ff. ad trebelian.* ibi: *Vel cui voles, &* ibi: *Facultatem eligendi datam, & l. ſi quis ſtipulatus 112. ff. de verborum obligat.* ibi: *Si quis ſtipulatus ſit Stichum, aut Pamphilum, vtrum ipſe vellet quem elegerit petet.*

28 Y ſi las palabras *voldran, y diſpondran*, no concedieſſen libre diſpoſicion en el cap.12. vẽdrian à ſer de ningun efeto contra la regla de que. *Qualibet diſpoſicio, debet interpre-*

terpretari, ne censeatur ludibrio facta, & ne reddatur illusoria l. si Prætor, ff. de re iudicata. Alexand. *cons.* 81. *num.* 2. *volum.* 6. Barbos. *axiom.* 216. & 222. Valenç. *lib.* 2. *cons.* 113. *num.* 83. & 84. ibi: *Nam qualibet sillaba posita indispositione, censetur posita, cum misterio aliquid operandi. Et cons.* 119. *num.* 62. ibi: *Et vltra quod debemus inteligere, quod in contractu, & dispositione quodlibet, & si minimum verbum, non debet existere, sine virtute operandi, quod magis potuerit.*

29 Y esto lo pudo hazer Don Felipe, no solo por su parte, y respeto de sus bienes en virtud de dicho cap. 12; si tambien respeto de los bienes de Doña Ana Maria su muger, por quanto esta transfiriò à Don Felipe su marido, instituyendole heredero, la facultad, que se reservò en dicho cap. 12. para que vsando de aquella, dispusiesse entre sus hijas Doña Antonia, y Doña Theodosia, dando à vna mas, y à otra menos, segun la serie de la clausula inserta, *num.* 8. en aquellas palabras. *Donantli facultad que aquell done, y deixe à la vna mes que à la altra deixantho asa desposicio, y voluntat, &c.*

30 Pudo Don Felipe en virtud desta clausula dexar de hazer la donaciõ del lugar de Lansol à Doña Antonia, cumpliendo solo con dexarla heredera, ò darle alguna porcion de bienes, y por consiguiente no aviendole quitado el lugar, que pudo quitarle, se juzga aversele dado. Molin. *de Hispan. primog. lib.* 2. *cap.* 4. *num.* 12. vers. *Quibus addendum* Casanat. *cons.* 10. *num.* 15. & 16. y pudo tambien imponer gravamenes à sus hijas, pues las palabras, *deixantho asa desposicio, y voluntat*, que corresponden à las palabras *faciat pro vt libuerit, vel pro vt voluerit*, denotan arbitrio libre, y no regulado, *nec aliquo modo restrictum, vt tradit cum multis* Fontanel. *de pact. claus.* 4. *glos.* 25. *num.* 30. Y si Don Felipe no pudiera gravar à sus hijas, quedarian sin efeto estas palabras. Fontanel. *dict. glos.* 25. *n.* 29. lo que no se ha de juzgar *ex traditis* à Valenç. *dict. lib.* 2. *cons.* 113. *num.* 83. & 84. & *cons.* 119. *num.* 62. y porque recayendo esta concession de arbitrio, comprehendida en estas palabras, *deixantho asa disposicio, y voluntat*, sobre el que ya estava concedido en las otras, *donantli facultat*, se deve entender en la segunda ex-

pres-

presion,concedido libre, y no limitado. Surd. *cum alijs cons. 29. num. 15.* Menoch. *de arbitr. lib. 2. quæst. 7. à num. 32.*

31 Añadiendo à esta repeticion de concession de arbitrio la legitimacion de las palabras, *asa disposicio, y voluntat*, por la qual tambien se juzga concedida libre, y absoluta facultad de disponer. Surd. *cum alijs lib. 3. cōs. 380. num. 41.* ibi: *Quod si verba importantia arbitrium ponantur geminate, tunc resolvantur in liberam voluntatem, vt quando dictum est arbitrio suo disponat, pro vt placuerit, & videbitur.* Castill. *controvers. lib. 4. cap. 36. à num. 49.* ibi: *Verbum etiam libet, quod liberam, & absolutam voluntatis potestatem facultatemque tribuat, quæ nec iure, nec equitate, nec ratione aliqua regulatur, sed in libera, & absoluta residet potestate, sicque intelligi debeat comissio facta cum illis verbis ad libitum, vel pro libito suæ voluntatis.* Y por esta razon el que tiene semejante facultad para elegir, puede hazer eleccion del indigno, *dummodo, non sit indignitate iuris, sed facti, leg. cum quidam 24. ff. de legat. 2. notant.* Molin. *de primog. lib. 2. cap. 5. num. 14.* Castill. *controvers. lib. 5. cap. 67. num. 3. & 4.*

32 Y se califica mas lo ponderado, en que quando en alguna disposicion se dà facultad de disponer con palabras, ò clausulas, que comprehenden libre arbitrio, puede el gravado vsando de esta facultad elegir à vno, entre los quales avia de disponer, omitiendo à los demas; ò hazer partes sin guardar igualdad. Surd. *dict. cons. 29. à num. 6.* Mar. Cutel. *decis. 30. à num. 17.* Y pudiendo obrar esto el que tiene tal facultad, pudo Don Felipe teniendo la de disponer à su libre arbitrio hazer lo propio; y por consiguiente eligiendo à Doña Antonia en lo que pudo quitarle, fue visto aver vsado de liberalidad capaz de qualquier gravamē, *leg. 1. §. sciendum 6. ff. de legat. 3.* ibi: *Sciendum est autem eorum fideicomitti quem posse ad quos aliquid peruenturum est morte eius vel dum eis datur, vel dum eis non adimitur.*

33 Y no puede caber duda en que bien ponderada toda la clausula: *Donantli facultat, que aquell done, y deixe à la vna mes que à la altra, deixantho asa disposicio, y voluntat,*

se-

ſegun ſu conteſtura fueſſe voluntaria en Don Felipe la elec-
cion, reſpeto de ſus hijas, y bienes de Doña Ana Maria teſta-
dora, pues en virtud de la facultad comprehendida en eſta
clauſula, pudo diſponer en qualquiera de aquellas, dando
mas à la vna que à la otra; y haſta diſminuir la legitima que
les competia en los bienes de la Madre, y poner gravamen
en aquella el ſeñor Reg. Leon. *tom. 2. in reſponſ. poſt deciſ. 210. num. 164. 167. & ſeq.* con que eligiendo a Doña An-
tonia, y dandole el lugar de Lanſol, vsò con aquella de libe-
ralidad *iuxta text. in dict. leg. 1. § ſciendum 6. ff. de legat. 3.* Molin. *de Hiſpan. primog. lib. 2. cap. 4. num. 12.* verſ. *Sed reſpectu*, ibi: *Sed reſpectu ipſius actus eligendi, quatenus eligens præfert electũ alijs, clariſsimum eſt quod exercet liberalitatem,* & ibi: *Quibus adijciendum eſt quod his qui electo ex electione rem aliquam dedit, poſſet eidem illam adimere alterum eidem præferendo ex quo plane conſequitur dici poſſe ſibi dediſſe illud quod poterat alteri conferre vbi enim quis poteſt adimere, & non adimit, cenſetur dare.*

34 Y aſſegurada por tantas razones la liberalidad de
que vsò Don Felipe, eligiendo à Doña Antonia, y prefirien-
dola à Doña Theodoſia, ſiendo aſsi que pudo quitarle lo
que le diò, y vſar de ſu liberalidad con Doña Theodoſia, ſe
convence, el que pudo Don Felipe imponer gravamenes, ò
ſubſtituciones, *leg. ab eo 9. C. de fideicom. l. 1. §. ſciendum 6. ff. de legat. 3.* Molin. *dict. lib. 2. cap. 4. num. 15.* verſ. *Sed quamvis*, y con particularidad en favor de los de ſu familia,
pues las perſonas que ſubſtituyò à Doña Antonia, y Doña
Theodoſia, fueron Doña Luiſa Torrelles, hermana de Doña
Ana Maria, y ſus hijos, que eran no ſolo ſobrinos de la dicha
Doña Ana Maria, ſi tambien hermanos de Don Felipe, por
ſer hijos de Don Franciſco Milan ſu padre, que casò ſegunda
vez con Doña Luiſa, en favor de los quales concurre la ve-
roſimil voluntad de la miſma Doña Ana Maria, y mas en
competencia de Don Antonio, que era eſtraño, *leg. generaliter 6. C. de inſtit. & ſubſtit. leg. cum acutiſsimi 30. C. de fideicom. leg. cum alienam 10. C. de legat. l. cum avus 102. ff. de condicionib. & demonſtrat. leg. cum res 47. in prin. ff. de legat.*

1. Mantich. *de coniect. lib. 3. tit. 19. num. 1. cum seqq.* Valēç. *lib. 2. cons. 130. num. 53.* Molin. *de primog. lib. 1. cap. 13. num. 90.*

35 Y que el que elige en los terminos ponderados puede imponer gravamenes, y substituciones, lo declarò el Real Senado de Valencia à relacion del señor Don Francisco de Castellui, Regente que fue despues en este Sacro Supremo, con Real sentencia, publicada por Don Francisco Pablo Alreus, Escrivano de Mandamiento en 9. de Febrero 1613. entre partes de Lorenço Gazcò de vna, Gabriel Rovira, y Antonio Monferrer de otra, y con Real sentencia, publicada por Don Iuan Daza, Escrivano de Mandamiento en 12. de Abril 1630. à relacion del Noble Don Christoval de Cardona se declarò à favor de Gaspar Vaciero, y contra Gaspar Almenara, que el que tiene facultad de elegir, puede gravar al electo, y que entonces se entiende suceder al eligente, y no al testador. Lo mesmo se declarò con otra Real sentencia, publicada por Felix Monzò, Cavallero, Escrivano de Mandamiento en 27. de Mayo 1645. à relacion del señor Don Andres Sanz, Regente que fue despues de este Sacro Supremo, en favor de Mosen Vicēte Vazquez Presbytero, y cōtra Mosen Vicente Matias Melet en cierto nōbre; y esta cost ūbre de juzgar, se califica con la autoridad del *text. in leg. filius 14. in princip. ff. ad leg.* Cornel. *de falsis*, ibi: *Sic enim inveni senatum censuisse*, y con lo que enseñan *pluribus congestis* el señor Vice-Canciller Don Christoval Crespi de Valldaura, *obs. 1. num. 289.* y el señor Reg. Don Lorenço Matheu y Sanz *de Regim. cap. 12. §. 1. num. 92. cum seqq.*

36 Y lo que assegura del todo la firmeza de los gravamenes, y substituciones, que impuso Don Felipe à Doña Antonia en la capitulacion de 26. de Março 1644. en el pleyto, fol. 4. pag. 2. insertos. num.   es lo mucho que le diò D. Felipe de bienes proprios à Doña Antonia, pues en el primero de dichos capitulos Matrimoniales, segun queda referido, num. 10. en las 9000. libras que le constituyò en dote las 4000. libras, eran proprias de Don Felipe, y las 2800. libras en censos, y casas, aunque eran de la herencia de Doña Ana; pero

pero tenia Don Felipe el goze de vida (que cediò) por el titulo de heredero. Y en el cap.5. se obligò Don Felipe à pagar de proprios à Doña Theodosia las 2000. libras que le dexò en legado su Madre Doña Ana Maria, *ad liberas hædes* en su vltimo testamento, presentado en el pleyto, siendo assi que esta cantidad vnicamente la devia satisfacer de bienes de la herencia.

37 Y mas quando en el cap.4. de dichos Matrimoniales, vsando Don Felipe de la facultad que le concediò Doña Ana Maria su muger, prometiò hazer, ò hizo eleccion, ò donacion (que todo es vno) como respeto de la promessa de *eligendo* funda Cancer. *variar. lib.3. cap.7. num.* 126. y de la promessa de *donando*. Fontanel. *de pact. lib.1. clauf. 4. glos. 9. part. 4. num.* 28. *&* 31. y de la promessa de *dote constituenda*. Aflict. *decis.* 61. *à num.* 1. Cancer. *dict. lib.* 3. *cap.* 15. *num.* 253. entre vivos de todos los demàs bienes, y derechos de la herencia de Doña Ana Maria, à favor de Doña Antonia, para que pudiesse disponer *ad libitum*, y con obligacion de pagar los cargos de aquella, en virtud de lo qual estava obligada Doña Antonia à pagar el legado de las 2000. libras à su hermana Doña Theodosia. Y aunque en el proprio cap.4. se reservò Don Felipe 1000. libras, pero fueron para disponer en favor de Doña Theodosia, executoriado con esto la voluntad de Doña Ana Maria su Madre, segun se expressa en el mesmo capitulo; y por esta razon aquella reservacion vino à ceder vnicamente en beneficio de dicha Doña Theodosia.

38 A esto se añade, el que sobre no estàr privado Don Felipe de la deducciõ trebelianica en el testamento de Doña Ana Maria su muger, dexò de retenerse la parte, y porcion, que *à iure, & foro* le competia, y diò libre, y enteramente à Doña Antonia todos los bienes de dicha herencia.

39 De lo que se reconoce que Don Felipe, no solo vsò de liberalidad con Doña Antonia, haziendo à su favor la eleccion de los bienes, y herencia de Doña Ana Maria su Muger, que pudo hazer, a favor de Doña Theodosia, si que la exerciò con mayor largueza, tanto por passar à cederle

des-

desde luego bienes, de que tenia el goze, durante su vida, como por darle de proprios, por vna parte las 4000. libras, las 2000. libras que se obligò à pagar por el legado à Doña Theodosia, y lo que importaria la deducion trebelianica.

40 Y en estos terminos, sin fatigar mas el discurso en la proposicion q̃ ponderavamos, de que por la liberalidad que vsò Don Felipe en la eleccion que hizo en Doña Antonia, pudo imponerle los gravamenes, y substituciones insertos num. 13. queda llana la conclusion de la subsistencia de estas substituciones, por ser esta vna de las limitaciones que comunmente señalan los DD. al *text. in l. vnum ex familia* 67. *§. Sed, & si fundum, ff. de legat.* 2. concluyendo, que quãdo *ex proprijs bonis aliquid donatur*, puede el electo ser gravado correspectivamente à la liberalidad, y cõ nuevos vinculos. Mieres *de maiorat. lib.* 1. *quæst.* 71. *à n.* 38. Fõtanel. *de pact. clauf.* 4. *glos.* 9. *part.* 5. *num.* 82. Molin. *de primog. lib.* 2. *cap.* 4. *num.* 32. & 33. ibi: *Ideoque non mirum si ex causa huiusmodi donationis facta ab ipso eligente de re propria possit electus in quantitate honori atque emolumento correspondenti gravari.* Castill. *controvers. lib.* 3. *cap.* 10. *à num.* 9. vers. *Ego verò* ibi: *Nam cum proprijs bonis successorem honoret, & novis vinculis aut honeribus eum honerare posse ratio ipsa iuris suadet.*

41 Y respeto de los bienes, de que tenia el goze D. Felipe, y desde luego transfiriò à Doña Antonia, como los censos, y casas de la dote, y otros bienes mencionados; parece puntual lo que enseña Molin. *dict. lib.* 2. *cap.* 11. *num.* 4. ibi: *Tunc namque ex eo quo pater honerat filium intradendo eidem tertiam bonorum suorum portionem in vita, quam non tenebatur ei vsque ad mortem relinquere; & quam poterat filius ipse non lucrari patri præmoriendo, potest pater in eisdem bonis ipsi gravamen maioratus atque restitutionis apponere.* Las casas, y censales que Don Felipe diò en dote à Doña Antonia, podia gozar de vida, por el titulo de heredero de Doña Ana, con que cediendo desde luego este lucro, pudo gravarla con substituciones, segũ la referida doctrina de Molina.

Y

42 Y no solo son subsistentes los gravamenes, y substituciones en los terminos que discurrimos, respeto de los bienes, y comodidad que se diere al electo, si tambien respeto de los que alias avian de ser de aquel. Bart. *in l. filius familias 114. §. cum pater ff. de legat. 1. num. 3.* Peregrin. *de fideicom. art. 32. num. 25. & art. 33. num. 13.* Michael Ferrer *in constit. los impubers glos. 1. num.* 370. y en terminos de mayorazgos califican, y aprueban Molina, el Teologo de Iusticia, *& iur. tom. 3. disp. 616. num. 8.* Molin. *de primog. lib. 1. cap. 8. num. 35.* ibi: *Is tamen qui ex bonis suis aliquid maioratui adiunxit poterit quæcumque vincula ac cõditiones, tam antiquo maioratui quam proprijs bonis adijcere nec his qui in bonis eius subcesserit poterit novum maioratum consequi, & ex bonis antiqui maioratus novas conditiones reijcere, sed aut debet bona noviter maioratui addita relinquere, aut ipsas conditiones admitere*, & ibi: *Addent.* Castillo *controvers. lib. 3. cap. 10. num. 9.* ibi: *Cæterum si maioratus primus institutor, seù eiusdem successor aut possessor alias quicumque ipsi maioratui aliquid ex proprijs bonis adiunxit, sivè propria bona libera addidit poterit æquidem quæcumque vincula, ac etiam conditiones novas tam bonis antiquis, sivè antiquo maioratui, quam proprijs bonis adijcere nec is qui in bonis eius successerit poterit novum maioratum consequi, & ex bonis antiqui maioratus novas conditiones reijcere, &c.*

43 Y aunque Pinel. *de bonis maternis 3. part. num. 99.* pretende probarlo contrario, pero el mismo Molina *vbi proxime, dict. num. 35.* vers. *in hoc autem,* explica este dictamen con las palabras siguientes: *Quod probabile videtur, vbi novæ conditiones antiquis contrariæ, ac repugnantes fuerunt, si verò antiquis contrarijs non sint sed novæ cum antiquis compatiantur prima opinio verior ac probabilior erit. Et ibi notant addent*, y si esto procede en los Mayorazgos, y en terminos de nuevas condiciones distintas de las de la primer fundacion, con mayor razon se deve hazer lugar en nuestro caso, en que las condiciones, y substituciones, que puso Don Felipe, no recaen sobre otras distintas, à que estuviessen sugetos los bienes, si que solamente les sugetaron à vinculo

lo

lo muy conforme à la voluntad presumpta de Doña Ana Maria, llamando en primer lugar à sus hijas Doña Antonia, y Doña Theodosia, y descendientes de estas, y en su falta à Doña Luisa su hermana, hijos, y descendientes, y acomulando D. Felipe gran porcion de bienes propios à este vinculo, como queda probado.

44 Mayormente quando si se repara en la disposicion que hizo Don Felipe en el cap. 2. de los Matrimoniales de doña Antonia con el Egregio Códe de Gestalgar en el pleyto, fòl. 4 pag. 2. se advertirà que don Felipe sobre aver dado tantos bienes suyos; aun respeto de los de doña Ana Maria, cumpliò exactamente en lo que se capitulò en el cap. 12. de los Matrimoniales, quando casò con doña Ana Maria en el pleyto, fol. 99. que và inserto, num. 6. pues dispuso entre los hijos de aquel Matrimonio, haziendo donacion à doña Antonia del lugar de Lansol, y à todos sus descendientes *in perpetuum*, y en su falta llamando à doña Theodosia su hermana, y hija de aquel Matrimonio, con toda su descendencia, con que ya quedò cumplido el pauto de disponer entre los hijos de aquel Matrimonio.

45 Y cumplido este, segun lo que se ha ponderado, pudo don Felipe, en virtud de la facultad concedida por doña Ana Maria passar à poner las substituciones de que tratamos, por ser para despues de evacuada la descendencia de aquel Matrimonio, y por no ser contrarias à lo capitulado en dicho cap. 12. antes bien conformes, si se repara en la palabra, *asa voluntat* expressada en dicho capitulo 12. y repetida en el proprio, *vt ibi*: *A la voluntat de cada hu de dits D. Felip Mila de Arago, y Doña Ana Maria Torrelles respectivament com de sus esta dit.*

46 Y si por parte de la Egregia Condesa de Montalvo, se dixesse que todo esto podria tener lugar quando la facultad de elegir que en el dicho cap. 12. se reservaron don Felipe, y doña Ana Maria de disponer entre los hijos, y descendientes del Matrimonio que se celebrava; no fuesse personal; pero que siendolo no la pudo transmitir doña Ana Maria à Don Felipe su marido, en virtud de la comission que le

diò en su testamento; para que dispusiesse de sus bienes en sus hijas Doña Antonia, y Doña Theodosia. Y que aun en caso de ser transmisible, no podia Doña Ana Maria, ni Don Felipe como Comissario suyo gravar con nuevas substituciones à Doña Antonia su hija, aviendose reservado en la capitulacion matrimonial los bienes de la dote para hijos de aquel matrimonio, sin gravamen alguno.

47 Responderiamos à este obice, respecto de la primer parte, que en medio de ser intransmisible la facultad personal de elegir, la que se reservaron don Felipe, y Doña Ana Maria en la capitulacion, no puede reducirse à estos terminos, porque la facultad que no es transmisible; es aquella que se comete à la industricia, y disposicion de alguno, la qual haze la eleccion personal, *leg.non distinguemus 32.§. quæsitum 16.& l.45.ff.de receptis arbitris* ibi: *In compromissis arbitrium personæ incertum, personam non egreditur l. si quis arbitratu 43. ff.de verborum obligat.* ibi: *Quid ergo si ipse qui arbitrari debuit moram fecerit? magis probandum est à persona, non esse recedendum eius cuius arbitrium incertum est.* Tiraquel. Molin. *& alij apud* Oleam *de cessione iurium tit.3, quæst.1.num.32.* ibi: *Quando eligendi nominandi, arbitrandi, vel declarandi ius concessum est ad alterius vtilitatem veluti quando alicui comititur facultas nominandi vel eligendi ad maioratum, vel capellaniam, certum est prædictam facultatem alij cedi, vel comiti non posse, neque ad hæredes transire, quia electio illa personalis est, & limitata censetur ad industriam, & dispositionem eius cui comissa fuit.*

48 Y la facultad de eligir que tuvo Doña Ana Maria Torrelles, no fue cometida, ni participada de persona alguna, sino derecho proprio que se reservò en el cap.12. de los matrimoniales del fol.99. que como à tal pudo cometer à D. Felipe su marido, como se le cometiò expressamente en la clausula inserta, n.8. à mas de que tambien como à derecho recayente en la herencia de doña Ana Maria, fue transmisible en su heredero don Felipe, en virtud de dicha clausula hereditaria; y quien no podria transmitirle, segun el mayor fundamento que podria darse al obice, seria don

 Fe-

Felipe, à cuya industria estaria cometida la eleccion, por Doña Ana Maria, segun los textos citados.

49 Tiene la proposicion en su abono entre otros textos el de la *l. illud aut illud 19. ff. de optione legat. & in l. si stipulatus 76. ff. de verb. obligat.* ibi: *Si stipulatus fuerim illud aut illud quod ego voluero, hæc electio personalis est, & ideo servo, vel filio talis electio coheret; in hæredes tamen transit obligatio, & ante electionem mortuo stipulatore*, cuyas palabras parece son decretorias, y con su autoridad, fundan la proposicion Caldas, Pereyra *de emphiteu quæst. 9. num. 28.* Anton. Gomez *variar. tom. 2. cap. 11. num. 41.* Castill. *controvers. lib. 5. cap. 87. num. 25.* donde explicando las palabras de este texto, dize: *Ecce vbi adiectum fuit verbum ego, quod personalitatem denotabat materia etiam personalis erat, pro vt ibi exprimitur, hæc electio personalis est; Et auch ad heredem transmissa fuit inconsequentiam iuris adquisiti ex stipulatione, idque prævaluit, & obtinuit, non habita consideratione ad personalitatem quæ ex verbo ego, resultabat atque ex qualitate, etiam electionis personalis.*

50 Y aunque en el vers. *Et quamvis* se opone el mismo Castillo, que este texto, y sus concordantes hablaria en la eleccion de cosas, y no de personas; responde, y satisface muy à nuestro intento ibi: *Non in eo versatur misterium aut decidendi ratio; sed in alio quidem quod: scilicet ex contractu transmisibili competebat* (la eleccion) *atque ita in electione rerum, in eis iuribus statutum, debet etiam habere locum in electione personarum; quia valet argumentum, de rebus ad personas*, para lo que cita el *text. in l. si quis inquilinos 112. §. si ita 2. ff. de legat. 1.*

51 Y prosiguiendo el mismo Castillo en el vers. *Quod si*, se haze argumento de tres requisitos, que se suponen necessarios para que tenga lugar la decision del *text. in dict. leg. si stipulatus 76. ff. de verbor. obligat. Primum* (dize) *quod precedat contractus principalis transmisibilis ad heredes, & illi cohæreat ius eligendi, tamquam quid accessorium, sivè tanquã executio contractus principalis.*

52 *Secundum quod ius eligendi competat iure proprio non autem ex comissione alterius.* Ter-

53 *Tertium quod competat ad vtilitatem eligere debentis non autem ad vtilitatem alterius.*

54 Y sin tener que recurrir à averiguar si siempre seria necessario el concurso comulativo de estos tres requisitos, sobre lo que se puede vèr à Castillo, con los que refiere *dict. lib. 5. cap. 87. num. 25. cum seqq.* Hallamos que en nuestro caso concurren todos; porque el primero queda verificado con el contrato que precediò de los Matrimoniales entre Don Felipe, y Doña Ana Maria, *cui cohærebat ius eligendi tãquam executio contractus principalis.* El segundo tambien se manifiesta, porque el derecho de elegir *ex iure proprio, & non ex comissione alterius*, le competia a Doña Ana Maria, por la reservacion del cap. 12. de dichos Matrimoniales. Y el tercero se convence, por dirigirse aquel derecho à la vtilidad de Don Felipe, que avia de elegir, como doctamente lo discurre sobre cada vno de los requisitos. Castillo *vbi proxime num. 25. vers. Si inquam* con muy cabal exornacion.

55 Y en quanto al tercer requisito, en que parece podia aver duda, por ceder el acto de la eleccion, en vtilidad dè el elegido, assegura Castillo, no obstante el obice, la vtilidad del eligente, *in d. vers. Si inquam circa medium*, con estas palabras: *Rursus quamvis ius eligendi competat primo, ad vtilitatem alterius eligendi scilicet; competit etiam ad vtilitatem eiusdem nominantis, qui nominando maximum commodum, honorem, & vtilitatem consequitur, & in electione liberalitatem exercet, beneficiumque in nominatum confert, dùm cum alijs prætulit; Vtile etiam negotium gerit, dùm voluntatem testatoris, & facultatem sibi commissam adimplet.* Con que concurriendo estos tres requisitos, segun se ha visto, en el caso que tratamos, queda convencido, que la facultad de elegir que se reservò Doña Ana Maria, la pudo transmitir, y con efecto transmitiò en Don Felipe.

56 Lo que se assegura del todo, si se repara, en que los que defienden que la facultad de elegir personal, no es transmisible, hablan de la que compete *non iure proprio, sed iure alieno, nec venit in consequentiam alicuius iuris præambuli iure proprio competentis*: Però si la facultad de elegir, aunque

per-

personal, dimana de derecho propio, ò viene en consequencia de algun derecho preambulo, es conclusion decretoria de Molina de *Primog. lib. 2. cap. 4. num. 62.* que es transitoria à los herederos; declaralo con estas palabras, sobre negar la transmision de la facultad personal; ibi: *Sed hæc eligendi facultas personalissima est, atque in ea industria personæ eligitur, ideòque ad hæredes non transit, quamvis enim eligendi facultas, quæ venit in consequentiam alicuius iuris præambuli iure proprio competentis, ad hæredes transitoria sit l. si stipulatus fuerim illud, aut illud, ff. de verbor. obligat. l. servus si hæredi. 34. in prin. ff. de statu lib. si tamen electio competat nomine alieno, seù non veniat in consequentiam iuris præambuli iure proprio, competentis, ea eligendi facultas, ad hæredes transire non poterit.*

57 Exornan, y califican con copiosa alegacion de Autores esta conclusion de Molin. sus Addent. *d. lib. 2. cap. 4. num. 62.* comprehendiendo sus partes con estas palabras: *Quando ius eligendi competit nomine, & iure alieno communis, & vera resolutio est, quòd censetur electa industria personæ, & ideò tanquam, personalissima, ad successorem non transit. At verò quando venit iure proprio, & in consequentiam alicuius iuris præambuli, transit ad hæredes, ad quos ius illud transire debet, vt post Authorem, tenent iuris interpretes, &c.* Vease si puede dudar la Condesa, en que la facultad de elegir competiesse à Doña Ana Maria, *ex iure proprio*, en virtud de la reservacion del cap. 12. de dichos Matrimoniales, ni en que Don Felipe quedasse su heredero; y convencida de vno, y otro, por lo que resulta del pleyto; y de la misma capitulacion, no le podrà quedar camino para dudar, que la facultad de elegir fuesse transmisible en Don Felipe, por el titulo de heredero, à mas de la comission especial de la misma Clausula.

58 Esta misma distincion, y conclusion; comprueba en los Mayorazgos, Mier. *de Maiorat. part. 2. quæst. 6. num. 278.* Molina el Theologo *de iusticia, & iure disp. 592. num. 15. vers. Ius eligendi*, Gam. *decis. 206.* & ibi Flores de Mena, *num. 9.* Castillo, *lib. 4. controvers. cap. 36. num. 60. & 61.* Cabe-

bedo *decis.143.part.1.* Fontanell. *de pact. claus. 4. gloss. 9. part. 5. num. 12.* y tambien tiene lugar en el sucessor singular, *ad quem transit ius eligendi, translato iure cui adhæret, l. si sic legatum 75. §. final. ff. de legat. 1. & ibi,* Cuiasius, Cabedo *d. decis. 143. num. 3.* Fontanell. *ubi proxime*, Addent. ad Molin. *dict. lib. 2. cap. 4. num. 62. vers. Hæc communis.*

59 Y respecto de la segunda parte del obice, se ofrece pronta satisfacion, para assegurar, que tanto Doña Ana Maria, como Don Felipe, su Comissario, y heredero, pudieron gravar con nuevas substituciones à Doña Antonia, porque Doña Antonia se hallò presente à la Capitulacion Matrimonial, quando su padre Don Felipe usando de la facultad transmitida, y cometida por Doña Ana Maria su muger, se obligò à elegirla, y hazerla donacion del lugar de Lãsol, con las substituciones expressadas en el cap. 2. de dicha capitulacion, la qual està en el pleyto, fol. 4. pag. 2. y inmediatamẽte en escritura à parte en el pleyto, fol. 19. pag. 2. tãbien presente, y aceptante, Doña Antonia le firmò, Don Felipe dicha donacion, con los vinculos, pactos, y condiciones de la capitulacion insertos, num. 13.

60 Y los gravamenes puestos por Don Felipe, les tolerò Doña Antonia, no solo por el discurso de los nueve años que passaron desde 26. de Março 1644. en que se firmò la capitulacion del fol. 4. pag. 2. hasta el mes de Mayo del año 1653. en que muriò Don Felipe, como resulta de su testamento, y publicacion, en el pleyto fol. 130. pag. 2. si tambiẽ por todo el discurso de su vida, que fue mas de cinquenta años, por aver muerto en el año 1685. como consta del auto del fol. 124. la qual tolerancia es bastante para inducir aprobacion de los gravamenes, y para perjudicar à Doña Antonia, y su heredero, segun la puntual decision del Senado de Cataluña, que refiere Cancer. *lib. 3. cap. 2. num. 200.* cuyas palabras son las que se siguen.

61 *Casus erat quod quidam frater, tempore quo collocaverat sororem suam, dedit ei in dotem quatuor mille libras quæ spectabant ad dictam sororem liberè ex patris relicto, & iniecit*

ei

ei vinculum, quod casu quo ipsa sine liberis decesserit posset tãtum de bismille libris testari, & reliquæ bismille reverterentur ad ipsum fratrem dotantem, vbi viueret, & eo defuncto, ad suum heredem; acceptavit dicta soror dictam donationem, & cum sciret dotem prædictam fuisse propriam sibi à patre suo relictam, nunquam de dicto vinculo in re sua apposita ipsa conquesta est, demum moritur soror sine liberis instituto marito aquo cum peterent donatoris hæredes bismille libras, vigore dicti vinculi, oppossuit de nullitate vinculi, vt facti in re propria vxoris suæ, oppositum fuit per heredes donatoris, quod cum ipsa acceptavirit donationem cum dicto vinculo, & nunquam ea de re, conquesta fuerit visasit recepisse, & approbasse dictum vinculum, & sic eius heredem de eius nullitate opponere, nequaquam posse fuit ita in favorem hæredis donatoris pronunciatum in dicta Regia sentencia, quæ postea in causa supplicationis ad relationem Don Iacobi Puigmija fuit anno 1602. de mense Septembris confirmata.

62 Y en el num. 102. añade el mismo Cancer. *At verò in prædicto casu dicta soror expræssè dictum onus recepit, & cum de eo plenam habuerit notitiam, & nunquam de eo conquesta fuerit, vissa fuit approbasse dictam donationem cum dicto vinculo, & ius impugnandi quod habebat remisisse, &c.*

63 Todos los terminos de esta dotrina se hallan cumplidos en nuestra contingencia, porque Don Felipe quando firmò la capitulacion del fol. 4. pag. 2. en presencia de Doña Antonia, deudos, y otras personas de su calidad, expresso como Doña Ana Maria su muger le avia dexado heredero, cõ la obligacion de disponer entre sus hijas, segun resulta de la misma capitulacion, y mas advirtiendose, que la donacion que prometiò Don Felipe hazer en el cap. 2. fue vsando de la facultad que tenia concedida por su muger; tambien expressamente aceptò los pautos, vinculos, y substituciones en la donacion que Don Felipe hizo à Doña Antonia, presente, y aceptante en el pleyto, fol. 19. pag. 2. ajustandose la dotrina del mismo Cancer. *dict. num.* 102. ibi: *Suadentur prædicta quia licet, ex sola tacirtunitate, non inducatur concensus, nec*

nec aprobatio, in præiuditialibus; *tamen ſi vltra taciturnitatem deventum eſt ad aliquem actum poſitivum, tendentem ad aprobandum actum, tunc inducitur ratificatio*. Con que concurriendo la tolerancia, con la noticia, y expreſſa aceptaciõ de los gravamenes, ſegun lo que ſe ha ponderado, queda aſſegurada ſu ſubſiſtencia.

64 Sin que pueda embaraçarla la declaracion referida, num. 16. porque à mas de nõ averſe obtenido por perſona legitima, pues en el pleyto no conſta del poder de Franciſco Heredia, que ſe intitulò Procurador, no ſe notificò à Don Alonſo mi parte, ni à otro legitimo contradictor, que es lo baſtante, para que no pueda perjudicarle. Cancer. *cum aliјs lib. 3. cap. 17. num.* 424. y ſobre todo dicha declaracion ſe obtuvo en 20. de Agoſto 1653. que fue nueve años deſpues de conſentidos los vinculos, y gravamenes, ni le pudo dar eficacia el auto del fol. 121. en que Franciſco Heredia intitulandoſe Procurador de Doña Antonia tomò la poſſeſsion de dicho lugar: porque ni conſta del poder, ni de la comiſsion, y quando de vno, y otro conſtare aquellos autos, por ſer poſteriores à la declaracion, no pudieron darle firmeza, y mas quando Doña Antonia tenia titulos preambulos ſubſiſtentes, como fueron la capitulacion, y eleccion, ò donacion, en virtud de los quales ſe deve preſumir que poſſeyò. Menoch. *lib. 6. præſump.* 67. Tuſch. *lib. 6. tit. P. concluſ.* 416. *num.* 5. Poſtio, *deciſ.* 616. *num.* 5.

65 Ni puede conſiderarſe, que en nueſtro caſo intervino leſion alguna, porque antes bien Doña Antonia quedò mejorada, no ſolo en lo que conſiguiò por medio de la eleccion que podia aver hecho Don Felipe en ſu hija Doña Teodoſia, ſi tambien en lo que la dotò de bienes proprios, y en las 2000. libras que ſe obligò à pagar à dicha Doña Theodoſia, ſegun ſe ha ponderado; y con eſto, no puede tener lugar la limitacion, que à la concluſion fundada dà el miſmo Cancer. *d. lib. 3. cap. 2. num.* 205.

66 Antes bien, ſe infiere deſto nueva ſatisfacion, y fundamento, para aſſegurar la facultad de gravar en Don Feli-

pe,

pe, porque aviendo conseguido, y aceptado Doña Antonia vna constitucion dotal, tan considerable, y beneficiosa, como la de 9000. libras del cap. 1. de sus Matrimoniales en el pleyto, fol. 4. pag. 2. y en gran parte de proprios de Don Felipe, y la donacion capitulada en el segundo de dichos Matrimoniales, y firmada en el auto del fol. 19. pag. 2. fue visto averla aprobado con todas sus qualidades, y gravamenes, Mieres *de Maiorat. part. 1. quæst. 55. à num.* 30. y aunque fuesse perjudicial por la presencia de Doña Antonia, y tolerancia de tantos años, la perjudicaria, *quia præsentia, cum taciturnitate subsequuta aduc in præiuditialibus nocet*, Gratia. *discept. forens. lib. 1. cap. 24. num. 11. & lib. 3. cap. 499. nu.* 23. *&* 24. Valençuel. *lib. 1. cons. 33. num. 197. & cons* 34. *num. 117. & lib. 2. cons. 121. num.* 39. Capicio Latro, *lib. 1. consult. 28. num. 95. & consult. 62. num.* 37. Casanate *cons.* 39. *num.* 23. ibi: *Tamen omnes concordant quòd sciens actum in quo tractatur, de damno, & incommodo tacentis si potuerit actum contradicendo impedire, & tacuit, & non contradixit, eo ipso præsumitur actum approbasse, & ei concensisse*:

67 Con igual expression funda lo mesmo Mascar. *de prob. lib. 3. conclus. 1153. à n. 28. & signanter, n. 44. & conclus.* 1218. *nu.* 50. *&* 52. ibi: *Quòd si in actu præiuditiali adessent coniunctæ personæ, tunc censeretur quis consentire, ex l. si servus comunis, ff. de donat. inter.* Thusc. *lib. 6. lit. P. conclus.* 603. *per totam*; y no aviendo contradicho Doña Antonia à la Capitulacion Matrimonial, antes bien aver aceptado expressamente la donacion del lugar en que se insertan los gravamenes, manifestò el consentimiento de los vinculos, y substituciones, no solo por averse hecho la donacion presente, & acceptante, Doña Antonia, si tambien por averla tolerado: *Nàm censensus, non minus facto, quàm verbis declaratur, ad traddita per* Posthium *decis. 77. num. 4. & 5.* y por esta razon no le era permitido el reclamar, *cap. per tuas de probat. l. imperator in fin. ff. delegat. 2. l. 1. §. Vsque adeò, ff. de iniurijs, l. nemo 187. ff. de regul. iur.*

68 Sobre estos beneficios de constitucion dotal, y eleccion,

cion, ò donacion del lugar que hizo Don Felipe à Doña Antonia, es igualmente considerable el de las 2000. libras que se obligò à pagar à Doña Theodosia; el no aver deducido porcion trebelianica, y el de averla instituido heredera, de que se discurrirà en el punto siguiente, sin otra vtilidad muy considerable, que se manifestarà, respeto de la mitad del lugar en el punto tercero; siendo pues constante que Doña Antonia de bienes de Don Felipe, y por medio suyo consiguiò tantas, y tan excessivas vtilidades, lo serà tambiē el que subsistan los gravamenes, y substituciones que le impuso, à lo que parece son aplicables las Reales sentencias citadas, num. 35. y las dotrinas referidas à num.

69 Y por vltimo, en vista de estàs vtilidades, que de mano de Don Felipe recibiò Doña Antonia, queda desvanecida qualquiera otra oposicion, fundada en la regla vulgar, de que el gravado à elegir no puede gravar al electo, *de qua* Molina, & *Addent. lib. 2. de primog. cap. 4. num. 10.* Mier. *de maiorat. part. 1. quæst. 71. num. 6.* Fusarin. *de subsit. quæst. 511. num. 5.* Fontanel. *de pact. lib. 1. claus. 4. glos. 5. nu. 65.* segun dexamos fundado, numer. añadiendo las demàs razones, y limitaciones que se han ponderado en el discurso de este punto.

70. De las quales se colige, que Doña Ana Maria pudo cometer à Don Felipe su marido la facultad de elegir, que se reservò en el cap. 12. de los Matrimoniales del fol. 99. que con todo efeto se la cometiò en la clausula hereditaria del fol. 17. que fue transmisible en Don Felipe, tanto por la comission, y facultad que le dà de elegir en dicha clausula, como por el titulo de heredero, y que Don Felipe vsando de esta facultad, pudo elegir à Doña Antonia, y gravarla con nuevas substituciones, en consideracion de la liberalidad que con aquella exerciò.

Que por aver Don Felipe Milàn de Aragon instituido heredera à su hija Doña Antonia, y aver vsado esta de la herencia, sin hazer inventario, quedaron firmes, y eficaces los gravamenes, y substituciones, expressadas por Don Felipe en el capitulo segundo de los Matrimoniales del fol. 4. pag. 2. y de la donacion del folio 19. pag. 2.

71 QVando no quedasse bastantemente assegurada en el punto antecedente la subsistencia de los gravamenes, y substituciones, con que Don Felipe hizo donacion à Doña Antonia del lugar de Lansol, la evidēciaria la demonstracion de la materia de este punto.

72 Porque Don Felipe en su vltimo testamento, presentado en el pleyto, fol. 130. pag. 2. instituyò heredera vniversal de todos sus bienes, y derechos à dicha Doña Antonia Milan su hija; y aunque al tiempo de la publicacion del testamento se retuvo acuerdo para aceptar la herencia; pero en el pleyto queda convencida la aceptacion, y gestion *pro hærede*; en consideracion de que Don Alonso mi parte con los testigos que produxo sobre la escritura provatoria de 4. de Febrero 1687. en el pleyto, fol. 137. pag. 2. cuyas deposiciones se hallan à fol. 167. pag. 2. *vsque ad* 203. *inclusive*, provò concluyentemente lo que se sigue.

73 Que Doña Antonia, con la noticia de que su padre Don Felipe se hallava gravemente enfermo en el Lugar de Lansol de Torrelles, que se litiga, fue à visitarle, y à assistirle en su enfermedad, en compañia del Egregio Conde de Gestalgar su marido.

Que

74 Que despues de aver sacramentado à Don Felipe, tratando este de disponer de sus bienes, le propuso à Doña Antonia su hija, en presencia de diferentes personas, que la dexaria heredera si ofrecia cumplir su disposicion, à lo que respondiò Doña Antonia; que aunque huviesse de vender los cercillos, y arracadas, cumpliria quanto le ordenasse, y mandasse.

75 Que Don Felipe en vista de su respuesta, la instituyò heredera en la forma expressada en su testamento.

76 Que aviendo muerto Don Felipe de aquella enfermedad, se quedaron en su casa la dicha Doña Antonia, su marido, y familia.

77 Que Doña Antonia se ocupò de todos los bienes, como à heredera, y señora absoluta, y se encautò de las llaves de las arcas, y de todo lo de la casa.

78 Que assimesmo Doña Antonia se ocupò de otra casa alajada, que tenia su padre Don Felipe cerca la Ciudad de Xativa, llamada la casa Bellveder.

79 Que Doña Antonia continuò, manteniendose en la dicha casa en que muriò su padre, hasta que recogiò la cosecha de la seda, que al tiempo de la muerte de su padre Don Felipe estava pendiente, la qual era considerable.

80 Que en el tiempo que se detuvo Doña Antonia en dicho lugar de Lansol, passò, y ajustò quentas con el Bayle de aquel, del tiempo que avia administrado la hazienda, y rentas de su padre Don Felipe.

81 Que despues de aver concluido dicha cosecha, y ajuste de quentas, la dicha Doña Antonia, y su marido se bolvieron à la Ciudad de Valencia, llevandose consigo la cosecha de la seda, y casi todos los muebles, ropa, y alhajas de la casa de su padre.

82 Que despues de estàr Doña Antonia en dicha Ciudad de Valencia, se hizo traer los bienes, y alhajas que quedavan en la casa de su Padre, y los de la casa de Bellveder.

83 Y que estando en la dicha Ciudad de Valencia, pagò Doña Antonia à Benito Olmedo Albañil el Legado de 40 libras que le dexò Don Felipe en su testamento, y à mas

de

de esto le diò la dicha Doña Antonia, por los buenos servicios que avia hecho en su casa vn vestido de paño muy bueno, de color, que era del dicho Don Felipe su padre.

84 Todo esto es lo que deponen los testigos, y queda probado en el pleyto; y es no solo suficiente, si aun superabũdante, para verificar la aceptacion de herencia en Doña Antonia, por ser los actos referidos cada vno de por si, bastante para inducir la gestion, *pro hærede*, ò adicion Real, y verdadera, la qual es de igual, y aun de mayor eficacia que la verbal. Valençuel. *lib.* 1. *cons.* 19. *à num.* 12. Cancer. *variar. tom.* 2. *cap.* 2. *à num.* 203. Casanate *cons.* 29. *num.* 31. Simon de Præt. *de interpræt. volũt. lib.* 5. *dubitat.* 3. *num.* 54. Castill. *cum multis, lib.* 5. *contravers. cap.* 107. *num.* 70. ibi: *Quia voluntas non modo æquè factis, sicut verbis, sed etiam fortius ostenditur, atque ita ex acceptatione reali, quæ facto ipso possessionis bonorum, & vsus, & fruitionis eorum inducitur, quæ fortior, quam verbalis videtur*, por quanto los hechos tienẽ igual virtud, como las palabras, para declarar la aceptaciõ de la herencia, *l. potuit* 5. *C. de iure deliberandi*. Osuald. in Donel. *lib.* 7. *commentariorum, cap.* 8. *lit. C.* Govean. *lib.* 1. *variar. cap.* 25. *num.* 2. Mantich. *lib.* 12. *coniectur. tit.* 11. *in fin.* Marta *de successione part.* 4. *quæst.* 14 *art.* 2. *num.* 44.

85 Y discurriendo por cada vno de los hechos, y actos ponderados, se manifestarà con mas palmar evidencia la seguridad de la aceptacion en Doña Antonia de la herencia de Don Felipe su padre.

86 El primero, que nos ofrece el orden del hecho, es el averse quedado Doña Antonia con el Egregio Conde de Gestalgar su marido, y familia, habitando la casa de D. Felipe su padre, como à señora absoluta: Y esto solo es por si bastante para que se juzgue en el hijo la aceptacion de herẽcia del padre, *leg.* 1. *C. de repudiãd. hæreditate vbi.* Gotofred. *lit. C.* ibi: *Præsumitur hæres esse velle, qui in domo paterna habitat.* Mantich. *de coniect. lib.* 12. *tit.* 10. *num.* 16. Mascard. *de probat. lib.* 2. *conclus.* 804. *num.* 15. ibi: *Quod ita demum filius censeatur se bonis patris immiscuisse, si eius domum cum tota familia habitaverit.* El Pavorde Iuan Geronimo Irãço,

ço, Cathedratico de Prima de Leyes en la Vniversidad de Valencia, *in tract. de protestationib. cap. 86. num. 5.* ibi: *Secundo ampliatur vt filius, non solum videatur se immissere hereditati si bona paterna posideat, verum, & si domum tantum modo paternam in habitaverit.*

87 El segundo, es el averse ocupado Doña Antonia, no solo de la casa en que muriò su padre, si tambien de la otra casa, llamada de Bellveder, y de todos los muebles de vna, y otra, y demàs bienes de la herencia, y esta ocupaciõ, y possession de los bienes hereditarios, es suficiente para inducir la aceptacion de herencia, por quanto todas aquellas cosas *quæ citra ius, & nomen hæredis fieri non possunt*, son inductivas de la aceptacion de herencia *ex l. pro hærede 20. §. Papinian. ff. de adquirenda hæreditate* Mantich. *de coiect. lib. 12. tit. 12. num. 8.* à cuya especie se reduce la possession, y ocupacion de los bienes hereditarios, mientras el heredero no manifieste titulo legitimo diferente para posseerles, *l. non solum 33. §. 1.* vers. *Idemque iuris ff. de vsucapionibus*, cõ el qual argumento funda la conclusion Iranço *de protestationib. dict. cap. 86. num. 1.* Y del propio sentir fue Gracian. *discept. forens. lib. 2. cap. 271. num. 31.* ibi: *Non enim requiritur, quod quis explicitè adiberit hæreditatem, quasi suficiat quod bona pœnes se retinuerit, quia non alio iure potuisset pœnes se retinere.*

88 Y esta mesma conclusion procede, con particularidad en el hijo, respecto de la herencia del padre, *l. 3.* vers. *Et quod de subeunda C. de naturalib. liber.* ibi: *Posteaque paternarum opum, vel insolidum, vel ex parte reperti fuerint possessores licet eas alienaverint, omnimodo ad conditionem in qua pater eos amplificatis opibus esse voluit etiam inuiti cogantur accedere.* Mantich. *de coniect. dict. lib. 12. tit. 10. num. 17. & tit. 12. num. 8.* Marta *de succes. legal. part. 4. quæst. 14. art. 2. num. 35. & 36.* Mascard. *de probat. conclus. 45. à num. 1.* Gracian. *dicept. forens. dict. cap. 271. num. 32.* ibi: *Vnde filius censetur adisse quando diu bona possedit.* Iranço *de protestationib. dict. cap. 86. num. 3.* ibi: *Eodem pacto filius videtur*

se

se immissere paternæ hæreditati, si posideat bona patris, mayormente si continuare en la possession, como continuò Doña Antonia. Mantic. *de coniect. dict. lib. 12. tit. 12. n.* 8. Grac. *dicept. forens. cap.* 706. *num.* 35. Mascard. *de probationib. conclus.* 46. *num.* 1.

89 Lo que se haze igual lugar, tanto en el hijo, como en qualquier otro heredero, aunque solo se ocupe, y possea vna, ò otra cosa de la herencia. Mascard. *de probationib. dict. conclus.* 45. *num.* 6. ibi: *Vt procedat etiam licet vnam rem tantũ quantumvis minimam hæreditatis possideret, vt domum agrũ, vineam, &c.* Y en el num. 7. añade: *Et particulatim de possidente domum hæreditariam.* Y en el n. 12. dize muy à nuestro intento: *Limita ergo hanc secundam ampliationem, vt tantũ procedat in filio defuncti, quia experceptione vnius rei tantummodo probatur ipsum hæreditatem adivisse, & hoc casu perdit benefitium abstinendi, & tenetur omnibus hæreditarijs creditoribus.* Iranço *dict. cap.* 86. *num.* 6. ibi: *Tertio ampliatur quamvis quilibet hæres solam vnicam rem hæreditariam possideat.*

90 Doña Antonia, no solo se ocupò de vna, y otra cosa hereditaria, si de todos los bienes, y casas de la herencia de su padre, y quando por ser hija instituida heredera, bastava la ocupacion de la casa, ò de qualquier cosa minima, cõ averse ocupado de todas, dexa sin disputa, y con superabundancia convencida la aceptacion de herencia; y mas si se repara en que la possession, y ocupacion no fue momentanea, y de vn dia, si continuada por muchos dias, y tiempo, como resulta del pleyto, con lo que cessa la limitacion de Mascard. *dict. conclus.* 45. *num.* 13. Mantic. *dict. tit.* 12. *num.* 8.

91 Y solo le pudo quedar à Doña Antonia para evadirse de la aceptacion de herencia, que contra si resultava, por la possession, y ocupacion de los bienes, el medio de probar que posseìa los bienes hereditarios por otro titulo distinto del de heredera, *ex l.* 1. *C. de repudianda hæreditate, for.* 1. *eodem tit.* Gratian. *discept. forens. cap.* 706. *num.* 36. Mascard. *dict. conclus.* 45. *num.* 29. Mantic. *dict. tit.* 12. *num.* 8.

8. Y de este medio no se valiò, ni de tal cõsta en el pleyto, sin duda porque no podria hazer la prueba clara que pide el texto, *in dict. l. 1. liquido fuerit probatum*. Y el fuero primero: *Essera probat clarament*, respecto de las circunstancias que debia probar, que son tener otro titulo al tiempo de entrar en la ocupacion, ò possession; y que su animo desde el principio fue posseer por aquel titulo, como pondera Iranço, *dict. cap. 86. num. 13. & 14.* pues de tal prueba hasta oy, no consta, ni serà facil constar.

92 El tercero, es el aver Doña Antonia vsado de los bienes hereditarios, llevandose à Valencia la cosecha de la seda, bienes, y alhajas de las casas, de que desde luego hizo aprension, tomando las llaves, y sirviendose en Valencia de las alhajas que recayeron en la herencia; y esto es bastante para inducir la aceptacion, è inmiscuicion en la herencia. Menoch. *de præsumpt. lib. 6. præsumpt. 67. num. 6.* Mantic. *de coniect. lib. 12. tit. 10. num. 19.* Castill. *lib. 5. cõtrovers. cap. 107. num. 71.* ibi: *Sic quoque hæreditas acceptata dicitur, & præsumitur per heredem facto ipso immicendi se bonis, aut illa possidendi, eisque vtendi, & fruendi quamvis verbo ipse non acceptaverit.*

93 El quarto consiste en que Doña Antonia passó, y ajustò quentas con el Bayle del lugar de Lansol del tiempo que avia administrado las rentas de su padre, y este acto de administrar, ò pedir quentas al que administrò, es de tal calidad inductivo de la aceptacion de herencia, que aunque la administracion fuesse de cosa modica, bastaria para inducirla, *ex leg. pro hærede 20. §.* Papinianus, *ff. de adquirenda hæreditate.* Gracian. *dicept. forens. cap. 863. num. 16.* Iranço, *de protestationib. cap. 89. num. 20.* ibi: *Quia tunc præsumendum hæredem pro hærede gessisse, & ex illo administrationis facto hæreditatem agnovisse.*

94 El quinto se manifiesta en que Doña Antonia pagò à Benito Olmedo Albañil el legado de las diez libras que le dexò Don Felipe su padre en el testamento, en que la instituyò heredera, como consta en el pleyto. Y assimismo pagò

otros

otros creditos que devia la herencia de dicho Don Felipe à Don Alonso mi parte, como consta por auto recebido ante Felipe Velasco Notario en 18. de Iulio 1661. en el qual tambien confiessa ser heredera de su padre, segun es de vèr en el exordio del mesmo auto, el qual se halla presentado en processo en auto comparendo del primero de Febrero 1694. en la sequela, porque el pagar el heredero las deudas hereditarias, ò legados, haze presumir aceptacion de la herencia, *ex leg. 2. C. de iure deliberandi for. 1. rub. eodem tit. leg. si ponas 23. §. 1. ff. de in offitioso testament. l. parentibus* 8. *C. eodem leg. & magis* 4. *ff. de solutionibus*, Mantich. *lib.* 12. *coniectur. tit.* 12. *à num.* 5. Irança *de protestationib. dict. cap.* 89. *num.* 2. *&* 3. lo que procede aunque el heredero pagasse legados dexados *ad pias causas, ex dict. leg. parentibus* 8. §. *Qui autem agnovit. C. de in offitioso testam.* Mantic. *dict. lib.* 12. *tit.* 12. *n.* 13. Menoch. *de præsumpt. lib.* 4. *præsumpt.* 101. *n.* 80. Mascard. *de provat. conclus.* 44. *num.* 29. Gracian. *dicept. forens. cap.* 468. *num.* 87. Irança *dict. cap.* 89. *num.* 3. ibi: *Quamvis hæres solvat legata relicta ad pias causas.*

95 Y el sexto, y vltimo acto que califica la aceptacion de herencia en Doña Antonia, se establece en aver esta dado à Benito Olmedo el vestido de paño proprio de Don Felipe, porque la donacion, ò cessión de bienes hereditarios induce aquella, por ser auto que no puede hazerse licitamẽte, por quien no fuere heredero, *ex leg. traditio* 20. *ff. de adquirendo rerum dominio l. illud* 77. *ff. de adquirenda hæreditate leg. si Avia* 6. *C. de iur. deliberand.* Menoch. *dict. lib.* 4. *præsumpt.* 101. *num.* 15. Tondut. *quæst. civil. lib.* 2. *cap.* 57. *n.* 15. Gracian. *dicept. forens. cap.* 630. *num.* 30. Olea *de cessión. iur. tit.* 2. *quæst.* 3. *num.* 38. *&* 47. Mãtich. *de coniect. dict. lib.* 12. *tit.* 12. *num.* 17. Mascard. *de probat. conclus.* 44. *num.* 1. Irança *de protestationib. cap.* 97. *num.* 1. ibi: *Quia cessio, & donatio bonorum hæreditariorum nequit, ab hærede fieri citra ius, & nomen hæredi, & consequenter ex tali facto inducitur gestio pro hærede.*

96 Por todos estos actos, y cada vno de por si queda

sen-

sentado, que Doña Antonia aceptò la herencia de su padre Don Felipe, el qual en la clausula de su vltimo testamento, que està en el pleyto, fol. 130. pag. 2. despues de averla instituido heredera, y substituirle à Don Iuan Alonso Milan, para el caso de morir sin hijos, respeto de los bienes de Doña Margarita de Castellblanque, y de Doña Maria Diez, y de Covarrubias concluye la clausula, disponiendo de los bienes de Doña Maria Torrelles con estas palabras.

97 *Y aixi mateix, que tota la hazienda, y bens, que tinch, y me han pertanygut de Doña Maria Torelles quondã muller mia molt amada, torne, vinga, y pertanyga à mi señora Doña Luisa Torrelles, muller de D. Francisco Mila de Arago pare meu molt amat, si viva serà, y si percas fos morta vinguen, y pertanyguen tots los de sus dits bens, y herencia à D. Alonço Mila de Arago, fill de su mercet, y germa meu molt amat, y asos fills, y decendents de aquell; &c.*

98 Y en esta clausula dispone Don Felipe de todos los bienes que le avian pertenecido por la herẽcia, y otro qualquier titulo de Doña Ana Maria Torrelles su muger, sugetandoles à los vinculos, y substituciones, que expressa la misma clausula; y recurriendo à la Capitulacion Matrimonial del fol. 4. pag. 2. se advierte, que Don Felipe diò todos los bienes de la herencia de la dicha Doña Ana Maria à su hija Doña Antonia: vnos sugetos à los propios vinculos de esta clausula, como son el lugar de que se trata, y molino expressados en el cap. 2. y otros libremente, como son los restantes bienes de la herencia de la dicha Doña Ana Maria, segun se expressa en el cap. 4. con que haziendo el verdadero concepto resultante de las referidas Clausula, y Capitulacion, se convence necessariamente, que Don Felipe en la Clausula de su testamento, sujetando à vinculos, y substituciones los bienes de la herencia de Doña Ana Maria, reiterò de nuevo los vinculos, y substituciones con que avia hecho la donacion del lugar, y molino; y sujetò al proprio vinculo los demàs bienes de dicha herencia; por quanto à Don Felipe no le quedavan bienes algunos de la herencia

de

de Doña Ana Maria, en execucion de lo capitulado en el capitulo 4 de dichos Matrimoniales.

99 Y en estos terminos, es proposicion constante, que subsiste el gravamen, y que consentido por el heredero, mediante la aceptacion de herencia, no puede este impugnarle Iulio Claro, *lib.* 3. *§. Testamentum, quæst.* 71. *num.* 3. Fontanell. *de pact. claus.* 4. *gloss.* 5. *num.* 28. donde propone: *An pater possit post factam donationem filium in bonis donatis hæredem instituere, & vincula, & substitutiones apponere.* Y aunque responde, que no; añade la limitacion siguiente: *Nisi fillius consentiret patrem de dictis bonis testari, & eius testamentum approbaret.* Y en el numero 31. distingue estos dos casos: *Aut enim testator nominatim, & expræssè donata fideicommisso universali subijcit.* (Que es con puntualidad el caso de nuestra contingencia, en que D. Felipe expressamente sujetò à vinculo, y fideicomisso los bienes de Doña Ana Maria; siendo asi, que les tenia ya dados à su hija Doña Antonia, que sustituìa heredera.) *Aut simpliciter nulla de ea facta mentione fideicommissum universale instituit.* Y resuelve, que en el primer caso: *Tenet fideicomissum, & tenetur hæres tam in re donata, quàm in alijs illius bonis observare voluntatem deffuncti.*

100 La propria conclusion prueban Peregrin. *de fideicom. art.* 6. *num.* 4. Simon de Prætis *de interpretat. vlt. volunt. lib.* 3. *dubitat.* 2. *solut.* 3. *num.* 3. *& cum alijs*, Castillo *lib.* 3. *controvers. cap.* 19. *num.* 46. ibi: *Quoties donatarius non solum in rebus irrevocabiliter antea sibi donatis hæres institutus fuerit, sed etiam in alijs bonis vltra illa; tunc namque donator etiam de irrevocabiliter antea donatis potest donatarium hæredem institutum nominatim gravare.* Y en el numero 47. añade: *Et eo casu si donatarius omnibus bonis frui velit tenebitur neccessario adimplere onus, & gravamen adiectum in his quæ antea irrevocabiliter sibi donata fuerunt.* Y en el num. 48. concluye: *Immò eo ipso, quòd donatarius adierit hæreditatem, & fecerit se hæredem virtute ipsius testamenti censetur concensisse modis, & conditionibus donationi, aut rebus antea*

tea donatis adiectis. Mario Cũtel. *de donationibus contemplatione Matrimonij, tom. 1. fol. 321. à num. 96. vers. Hæc benè* Censal ad Peregrin. *cum multis, art. 6. fol. 12. vers. Addo ad eundem,* ibi: *Vt quando donatarius, non solum in rebus irrevocabiliter donatis, sibi antea hæres fuerit institutus; sed etiam in alijs bonis, vltra illa, tunc namque donator etiam de irrevocabiliter antea donatis, posit donatarium hæredem instituere, & nominatim gravare.* Y despues de citar los Autores dize. *Et eo casu si omnibus bonis frui velit, tenebitur necessario adimplere onus, & gravamen adiectum in alijs, quæ antea sibi irrebocabiliter donata fuere,* y concluye: *Immò eo ipso quod donatarius ad ierit hæreditatem, ac fecerit se hæredem virtute ipsius testamenti censetur consensisse modis, & conditionibus donationi, aut rebus antea donatis, adiectis.* Mãfrella *in observat. ad decis. 44.* Capicij Latro, *num. 13.* ibi: *Et illud observo testatorem disponendo de rebus donatis hæres, & donatarius hæreditatem acceptans tenetur adimplere onera iniuncta super illis bonis.*

101 Compruebase tambien la conclusion con lo que defiende Boer. *decis. 204. num. 33.* de que el padre que avia instituido al hijo primogenito *in contractu Matrimonij* puede *ex post facto,* darle substitutos para el caso del morir sin hijos, *etiam si dictum non foret in contractu ipso,* y con lo que funda Gaspar Antonio Thesaur. *quæst. forens. lib. 3. quæst. 23 per totam,* de que el Padre podria gravar al hijo *in bonis proprijs,* incluyendole, y admitiendole en el vinculo que instituye, y en el num. 6. responde al obice que le obstava con estas palabras: *Nec obstat text. in dict. leg. sed, & si sic; quia non procedit in nostro casu in quo fillia primogenita reperitur à patre honorata, cui contra regulas iuris feudalis, & primogeniorum, bona fuerunt concessa, & ipsa post masculos ad successionem vocata quando enim quis consequitur aliquid ab eo qui gravat, non procedit dicta regula, nec leg. ab eo C. de fideicom.*

104 Y es tan cierta la conclusion; que de sentir de algunos bastaria para poder gravar Don Felipe à Doña Antonia,

nia,y subsistir los pautos, vinculos, y substituciones, el que aquella le sucediesse, *ab intestato*, como funda Paulo Leonio *cons. 27. num. 19. inter cons. vlt. volunt. tom. 2.* Y entiende en esta conformidad el *text. in leg. ab eo 9. C. de fideicom.* Caldas Pereyra *de emphiteu. lib. 3. cap. 16. à num. 7.* Y si esto puede tener lugar en terminos de sucedèr, *ab intestato*, con incomparable mayoridad de razon se reestablecerà quando se sucede *ex iuditio testatoris*, y por disposicion expressa.

103 No ay duda en que Don Felipe instituyò heredera vniversal à Doña Antonia en todos sus bienes, y en los que le avian pertenecido de Doña Ana Maria su muger. Tampoco ay duda, que puso los mismos pautos en su testamento, que avia puesto en la capitulacion Matrimonial, en que le avia hecho donacion de todos los bienes de aquella herẽcia, como ni tampoco puede quedar duda de que Doña Antonia aya aceptado, y aceptasse la herencia de su padre, en vista de los autos ponderados: Y siendo esto constante, como por si mismo se manifiesta, lo es tambien, en consideracion de las dotrinas ponderadas, el que subsisten los gravamenes, y substituciones, que le impuso Don Felipe su padre, en la capitulacion, donacion, y testamento.

104 Lo que se convence con este dilema, ò los pautos, vinculos, y condiciones de la capitulacion subsistieron, ò no? Si lo primero estamos fuera de disputa, y si lo segundo nos hallariamos en terminos de bienes donados; à que despues Don Felipe, instituyendo heredera à Doña Antonia, puso los pautos, vinculos, y substituciones expressadas en la clausula hereditaria; y siendo cierto, segun la mas segura jurisprudencia, apoyada con tantas dotrinas como se han referido, que por medio de la institucion de heredero, seguida la aceptacion, tienẽ firmeza los vinculos, y gravamenes que se ponen, y añaden à los bienes donados; lo serà tambien el que no puede padecer duda la firmeza de los que puso Don Felipe.

105 Y por esto, aunque à los bienes dados despues de perfeta la donacion, no se puede imponer gravamen; pero si

le

el donatario aceptare, ò admitiere la herēcia del donador, queda tenido, y obligado à su cumplimiento. Caldas, Pereyra *de emphiteu, lib. 3. cap. 17. num. 7.* Tondut. *quæst. civil. lib. 2. cap. 50. num. 38. & 39.* ibi: *Et donator licet perfecta donatione gravamen super bonis donatis imponere, non possit, tamē gravamen subsistit, si donatur donatario bona æquivalentia reliqueret, præsertim si ipse onus acceptaverit, aut à donatore hæres institutus, sine benefitio inventarij adiverit*; y vno, y otro se verificò en Doña Antonia, la aceptacion de los gravamenes, por la que expressa la capitulacion, y donacion, que se hizierō en su presencia; los bienes que le diò proprios de Don Felipe, se manifestaron en el punto antecedente, y la aceptacion de la herencia, por lo que dexamos ponderado en este punto.

106 Y es tan fuerte la aceptacion de herencia para el intento que ponderamos, que aun confessando que el eligente no puede gravar al electo, dize Palma *allegat. 5. num. 10.* que cessa en el caso de la aceptacion de herencia ibi: *Et licet à regula supra firmata recedatur quando eligens in suo testamento propria etiam bona, & effectus reliquit huiusmodi nominato tunc enim electus, vel nominatus voluntatem eligentis adimplere tenetur, ne propria bona, ab eligente sibi relicta amitat.*

107 Y en terminos de Mayorazgos fue dotrina de Molina, que siempre, y quando el successor se halla instituido heredero del vltimo posseedor, deve sugetarse à las nuevas condiciones, y pautos que aquel le impuso, ò deve repudiar la herencia, *lib. 1. cap. 8. num. 35.* ibi: *Quod etiam paritatione dicendum erit in majoratus successore, qui ab vltimo eiusdem possessore hæres in bonis proprijs institutus fuerit: Is namque, aut debet hæreditatem repudiare, aut novis conditionibus subijci.*

108 Doña Antonia, no repudiò la herencia; antes bien la aceptò, como se ha probado, *gerendo se pro hærede*; y vna vez aceptada, no pudo ya despues repudiarla; por la vulgar regla de derecho comun, *de qua vid.* Caldas. Pereyra. *dict. lib.*

3. de

3.*de emphiteu.cap.16.num.37.* & 41.*l.7.§. Sed quod* Papinianus,*ff.de minorib.l. ei qui solvendo* 88.*ff.de hæredibus instituend.cum vulgat*. Y el Fuero 2.*de repudianda hæreditate*, y por consiguiente quedò precissada al cumplimiento de los gravamenes, y substituciones, aunque ni en la capitulacion, ni en la donació se huviessen expressado. En esta conformidad lo declarò el Real Senado de Valencia, con Real sentencia, publicada por Eusebio de Benevides Cavallero, en lugar de Ioseph Lorenço de Saboya Cavallero, Escrivanos de Mandamiẽto en 15. de Noviembre 1687. en favor de Mosen Iayme de Abadia, y contra el Clero de San Iuan del Mercado de aquella Ciudad, con este motivo: *Sed attento, quod licet dos à dicta Vrsola fuisset simpliciter, & absque gravamine donata dictæ Iosephæ; tamen postea, dum eam hæredem instituit, gravare potuit.*

109 Las razones en que se apoya la eficacia de la aceptacion de herencia son muchas: Las principales pondera Fontanel.*de pact.dict.claus.4.glos.5.num.32.*

110 La primera la expressa con estas palabras: *Quia testator potest rem propriam hæredis legare, vel alias de ea disponere*, segun el *text.expresso in l.vnum, & familia* 67.*§. si rem* 8.*ff.de legat.2.§. Non solum* 4. *instit. de legat.* Anton. Gom.*tom.1.variar.cap.12. num.* 14. Caldas, Pereyra *de emphiteu.lib.3.cap.17.num.24.*

111 La segunda, la declara con estas palabras: *Quia hæres tenetur approvare factum deffuncti, leg.ex qua persona, ff.de regul.iur.nec potest contra illud venire leg.cum à matre C.de rei vindicat*. y de esto infiere la consequencia siguiente: *Ob id hæres nominatim in bonis donatis institutus, & gravatus, tenebitur eius voluntatem adimplere, si adierit hæreditatem.* Por quanto aprovado el testamento, no se puede alegar ignorancia de lo que contiene, *cum multis.* Caldas, Pereyra *de emphiteu, lib.3.cap.16.num.16.* y se juzga la aprovacion, y ratificacion general del testamento hecho, *cum omnibus qualitatibus conditionibus, & honeribus, & obligationibus appositis in ipso testamento.* Pereyra.*dict.cap.16.num.17.*

112 Y la tercera, la comprehende con este periodo: *Quia hæres adeundo hæreditatem videtur contrahere, & obligare se actione personali, cui personali accedit hypothecaria, leg. 1. in fin. ff. de pignor. action. Vnde quando testator gravat hæredem de proprijs bonis, vel alias, per actum aditionis videtur hæres ratificare illam dispositionem testatoris.* Surd. *decis.* 93. *nu.* 8. *cum seqq.* Aflict. *decis.* 111. *num.* 16.

113 A lo que se ajusta la otra razon, que nace de la representacion del testador, embebida en el heredero despues de la adicion, assi como antes de esta, estava en la herencia jacente, *leg. hæres, & hæreditas* 22. *ff. de vsu capionib.* ibi: *Hæres, & hæreditas, tàm, & si duas appellationes recipiant vnius personæ tamen vice funguntur. leg. novacio* 24. *ff. de novationib.* por la qual, como dize Surd. *cons.* 353. *num.* 3. el heredero se reputa vna misma persona con el testador; y assi como no puede impugnar vno el hecho proprio, *ex leg. post mortem, ff. de adoptionib. Ita* (dize Surd.) *nec factum defuncti, quòd proprium ipsius hæredis reputatur.* Y esta razon añade en el num. 4. que procede con igualdad en el heredero de el heredero, vt ibi: *Et non solum primus hæres prohibetur factum defuncti reprehendere, sed hæres quoque hæredis,* Pereyda *dict. cap.* 16. *num.* 20. para que se convença el heredero de Doña Antonia, que le obsta la propria razon, que contra aquella militava.

114 Todo esto procede con mayoria de razon, quando el heredero no haze inventario, que es lo que se verifica en nuestro caso, en que Doña Antonia no le hizo, porque en terminos de no hazerle, es invariable el que el heredero, y por consiguiente Doña Antonia, estè tenida à los gravamenes, y substituciones impuestas en los bienes de la herencia, y tambien en los que ya eran proprios suyos; lo vno, porque se presume la herēcia opulenta, *non confecto inventario,* Gracian. *discept. forens. cap.* 729. *num.* 21. & 22. Fontanell. *de pact. claus.* 4. *gloss.* 5. *num.* 43. & 47. Cancer. *variar. lib.* 3. *cap.* 2. *num.* 129. y resulta probado en el pleyto, el qual beneficio, y emolumento, es muy correspectivo, y bastante para

ra la subsistencia de los gravamenes, segun las Doctrinas de el punto primero.

115 Y lo otro, porque quando el heredero acepta la herencia, y no haze inventario, debe *ad vnguem* cumplir los gravamenes que le impuso el testador, sin poder contravenir, Castillo *controvers. lib. 3. cap. 10. num. 46. cum seqq.* Pater Molina *de iustitia, & iur. disp. 592. num. 5.* Tondut. *lib. 2. quæst. civil, cap. 50. num. 39. & 40.* Casanat. *cons. 23. num. 26.* Palma *allegat. 5. num. 11.* Caldas Pereyr. *de emphiteu, lib. 3. cap. 17. num. 6.* y con mas puntualidad, *cap. 16. num. 25.* ibi: *Præsertim cum in proposita specie vxor hæres instituta, & nominata in emphiteusi simpliciter se hæreditati mariti immiscuerit absque beneficio legis, & inventarij, ac proindè consequenter sibi præiudicavit, & astringi potest observare, gravamen, & onus omniaque per diffunctum disposita, contra eius factum, non potest venire.* Y despues de las citas, prosigue: *Et simplicitèr se immitendo immò continuando possessionem rerum hæreditariarum, & eas administrando approbavit testamentum, & disposita in eo in præiuditium sui, & suorum hæredum.*

116 Y aun añade: *Quare hæres præsens testamento, & dispositioni testatoris ordinantis de re propria hæredis* (que es lo que se ha probado en el pleyto, en orden à Doña Antonia:) *Si postmodum simplicitèr hæreditatem adivit, tenetur per testatorem disposità observare.* Y por vltimo, cõcluye: *Potestque testator obligare bona hæredis sui, quæ illi aliunde pervenerunt, quando ipse hæres adivit nullo confecto inventario, iuxta, leg. fin. C. de iure deliberand.* Y lo exorna con muchas autoridades.

117 Bien considerados los terminos de estas Doctrinas, son muy puntuales à los de nuestra contingencia; porque Doña Antonia heredera instituìda por Don Felipe su padre, aceptò la herencia, sin hazer inventario; y assi se perjudicò, y quedò obligada à cumplir su disposicion, y observar los gravamenes, tanto del testamento, como los que *aliunde* le avia impuesto en bienes proprios en la capitulacion, y donacion.

Tam-

118 Tambien se verificò en Doña Antonia el imiscuirse, *simplicitèr*, en la herencia de su padre, por medio de los actos que dexamos ponderados, contin uando en la ocupacion de los bienes, por lo q̃ se perjudicò assi, y à sus herederos; y por vltimo estuvo presente al testamento, y consintiò expressamente en la disposicion que hizo su padre; y assi quedò obligada ella, y sus herederos à observarla.

119 Con lo que queda satisfecho el obice, que podria hazerse por parte de la Condesa, diziendo, que por hallarse el gravamen en el segundo de los capitulos matrimoniales, en que solo se trata del lugar de Lansol, y Molino, y no expressar Don Felipe en su testamento que queria gravar à Doña Antonia en los bienes ya dados, no podrian comprehenderse aquellos en los gravamenes, y substituciones que puso en su testamento.

120 Porque en satisfacion se responde; lo vno, que como se hizo demonstracion, num. Don Felipe hizo donacion à Doña Antonia en dicha capitulacion matrimonial del fol. 4. pag. 2. no solo del lugar de que se trata, si de todos los demàs bienes, y derechos de la herencia de D. Ana Maria Torrelles su muger; y aviendo despues Don Felipe en la clausula hereditaria de su testamento inserta num. 15. impuesto expressamente los gravamenes, y substituciones en toda la hazienda, y bienes que le avian pertenecido de Doña Ana Maria Torrelles, se convence, que los gravamenes fueron impuestos en el lugar de Lansol, y demàs bienes dados; y assi deven subsistir, en virtud de la institucion, y aceptacion de herencia en Doña Antonia, segun se ha fundado.

121 Lo otro, porque segun se ha manifestado en el Punto 1. quando el que tiene facultad de elegir, dà al electo algo de su proprio patrimonio, puede gravarle, y subsiste el gravamen igualmente en todos los bienes, con que aun dando por constante el que no comprendiessen los

gravamenes, y ſubſtituciones del teſtamento à los bienes dados, por quanto al tiempo de la capitulacion, y donacion Don Felipe de propios diò muchas cantidades, y bienes à Doña Antonia, y eſta aceptò los gravamenes; deven quedar aquellos ſubſiſtentes, añadiẽdo à aquella liberalidad, de que entonces vsò la de la herencia opulenta que le dexó, para ſer muy coequal; y aun mayor la vtilidad que percibiò Doña Antonia de lo que importavan los gravamenes que le impuſo Don Felipe.

122 Y lo otro, porque Doña Antonia aceptò la herencia de Don Felipe, y no hizo inventario, y por eſta razon, ni puede impugnar los gravamenes, y ſubſtituciones que le impuſo en el teſtamento, ni los que le tenia impueſtos en los bienes dados, y con eſpecialidad en el lugar, por no poder contravenir al hecho del teſtador.

123 Y lo que dexa del todo deſviado el obice, es el aver Don Felipe hecho donacion del lugar, à favor de Doña Antonia ſu hija, y demàs llamados en el capitulo 2, de la capitulacion del fol. 4. pag. 2. Y en el auto de donacion del fol. 19. pag. 2, la qual fue propria enagenacion con todas las clauſulas neceſſarias de translacion de dominio, y diò derecho à los ſubſtituidos à Doña Antonia tranſmiſible en ſus herederos, *§. ſub conditione quarta. verſ. Ex conditionali inſtit. de verbor. obligationib. l. ſpem, C. de donationib. l. ſiquis 57. ff. de verbor. obligationib. l. in quantitate 73. §. 1. ff. ad l. falſidiam.* Y aunque eſta donaciõ, y enagenacion la huvieſſe podido impugnar Doña Antonia, ſino la huvieſſe tolerado, y aprobado con ſu preſencia, y aceptacion, ſolo por averla inſtituido heredera ſu padre, y aceptado la herencia; y lo que es mas, no aver hecho inventario, no la puede impugnar, porque el heredero no puede impugnar las enagenaciones, hechas por el teſtador de bienes que tocavan, ò avian de pertenecer al miſmo heredero *iure proprio*, ò que eran proprios ſuyos, Pinel. *in l. 1. C. de bonis maternis, part. 3. num. 99.* Surd. *conſ.*

353.

353,*num*.2.& 3.Caldas,Pereyra *de emphiteu*, *lib*.3.*cap*. 16.*num*.18.& 22.ibi: *Quoniam hæres non admittitur contra factum defuncti, licet res alienata à defuncto foret ipsius hæredis, qui succedens, non potest à defuncto factam alienationem recindere*, y concluye: *Quare hæres non potest revocare, & penitere ad præiuditium illius, cui ex facto defuncti esset ius adquisitum, etiam si defunctus potuisset revocare, & penitere.*

124 Y en terminos de Mayorazgos, que el heredero no puede impugnar la enagenacion hecha por el testador en bienes del Mayorazgo en que sucede: lo defiendē Molina *de primog.lib*.4.*cap*.1.*à nu*. 16.ibi: *immò non solum is qui alienavit non poterit alienationem rerum maioratus revocare, sed nec etiam eius hæres id facere poterit*, & *ibi addent* Pereyra *de emphiteu*, *lib*.3.*cap*. 16. *à num*. 32. *cum multis*. Roxas *de incompatibilitate part*.5.*cap*.6.*num*. 13. & 14.ibi: *Sed aliorum verior opinio est quod hæres non potest rem maioratus alienatam à prædecessore vindicare, nam sicut in prædecessore est incompatibile secundum nostram regulam deductam ex l.vindicantem: quod valeat contravenire suo proprio facto, ita in eius hærede, cum hæres censeatur eadem persona cum defuncto, quem representat*. Y con gran copia de Autores exorna la conclusion su Adicionador Don Fernando Alonso del Aguila, *ibidem*.

125 De lo que se infiere, que pudiendo el testador enagenar del todo los bienes del heredero, segun las dotrinas citadas, que es mucho mas, que gravarles *ad tradita per* Thesaur.*dict.quæst*.23.*num*.4. podrà mucho mejor gravarles *ex ratione text.in cap.cui licet de reg.iur.in 6.authentic.multo magis, C.de Sacrosanctis Ecclesiis, leg.non debet ff.de regul.iur*, Menoch.*cons*.302.*num*.41. Surd.*cons*.288 *num*.14. concluyendo, que si Don Felipe instituyendo heredera à Doña Antonia pudo disponer de sus bienes, pudo tambien gravarla en los mismos bienes; y que si Don Felipe pudo enagenar los bienes de Doña Antonia, y esta

co-

como à heredera no puede impugnar aquella enagenacion, la imposicion de los gravamenes deve quedar firme, y subsistente; ya porque se considere expressada en el testamento de Don Felipe; ò ya por expressada en la capitulacion, y donacion que tienen fuerça de enagenacion, y traslacion de derecho, que adquirieron los substituidos, lo qual no puede impugnar Doña Antonia ni sus herederos, por aver sido aquella heredera de su padre, y no aver hecho inventario.

126 Y aunque pudiesse constar de inventario, y Don Felipe huviesse enagenado del todo el lugar, no podria Doña Antonia, ni su heredero revocar la enagenacion. Fontanel. *cum aliis tom.* 1. *decis.* 47. *num.* 8. ibi: *Hæredem etiam confecto inventario teneri aprobare factum defuncti, etiam iure proprio; & non posse revocare alienationem rei propriæ factam per defunctum, quando in hæreditate reperitur æquivalens, nec potest dicere hæres, redde mihi bona mea, & capias bona hæreditaria, quia tenetur aprobare factum defuncti etiam in re propria.*

PUNTO TERCERO.

Que no solo deven subsistir los gravamenes, y substituciones, por razon de la institucion, y aceptacion de herencia, si tambien porque dando por instransmisible la facultad de elegir, que se reservò D. Ana Maria Torrelles, D. Felipe fue dueño de la mitad del lugar de Lansol de Torrelles.

127 EN el primer punto se procurò evidenciar, que la facultad de elegir, que se reservò

Doñ

Doña Ana Maria Torrelles en el cap. 12. de los Matrimoniales del fol. 99. fue transmisible en Don Felipe su marido, y que por esta razon pudo Don Felipe como à Comissario, y heredero de dicha Doña Ana Maria, en virtud de la clausula hereditaria de su testamento inserta, num. 8. hazer eleccion de Doña Antonia; y por razon de esta liberalidad, y de las otras, que vàn ponderadas en el discurso de este alegato, gravarla con los pautos, y substituciones del cap. 2. de los Matrimoniales del fol. 4. pag. 2. y donacion del fol. 19. pag. 2.

128 Y quando no se considerasse transmisible en D. Felipe la facultad de elegir, que le cometiò Doña Ana Maria su muger, se inferiria vna consequencia muy favorable à Don Alonso mi parte; porque en este caso, como à facultad personal, y que no podia transcender à otro, quedaria vnicamente en mano de Doña Ana Maria el poder hazer la eleccion; y por no averla hecho es indubitable, que le sucedieron por iguales partes en el dicho lugar de Lansol sus hijas Doña Antonia, y Doña Theodosia, *leg. vnum ex famil. 67. §. rogo 7. & leg. cum pater 77. §. hereditatem 4. & §. Rogo filiæ 25. ff. de legat. 2.* Ciriac. *controvers. 548. num. 46. & 64.* Surd. *cons. 375. num. 21.* Tondut. *lib. 2. quæst. civil. cap. 51. num. 2.* ibi: *Et propterea nulla facta electione, omnes eligibiles æqualiter succedunt*, y en el numero 4. concluye: *Igitur eo cui electio demandata est non eligente; & mandatum non exequente lex ipsa eligit, & admitit omnes eligibiles tempore, & forma per testatorem præscripta.*

129 De conformidad, que quando de las personas elegibles sola viene à quedar vna, aora se haga, ò dexe de hazer la eleccion; el que queda es elegido. Menoch. *cons. 1226. per tot.* Pereyra *de emphiteu. lib. 3. cap. 10. à num. 3.* Ciriac. *controvers. 57. num. 3.* Tondut. *dict. cap. 51. num. 26.* y segun esto, por quanto al tiempo de la muerte de D. Ana Maria vivian Doña Antonia, y Doña Theodosia sus hijas, como consta por la misma clausula del testamento

de Doña Ana Maria, fol. 17. y del testamento de Doña Theodosia, fol. 276. sucedieron ambas por iguales partes.

130 Despues Doña Theodosia en el dicho su vltimo testamento del fol. 276. instituyò, y dexò heredero à Don Felipe su padre *ad liberas hædes*; el qual dexò heredera à Doña Antonia, como se ha manifestado en el Punto 2. substituyendole à Doña Luisa Torrelles, y despues de esta à Don Alonso mi parte, como lo manifiesta en la clausula inserta, num. 13.

131 De lo que nace, que D. Felipe (no siendo transmisible la facultad de elegir) tenia el dominio de la mitad del lugar de Lansol, como à heredero de su hija Doña Theodosia; y por consiguiente al tiempo de su muerte venia à estàr el dominio de dicho lugar, *pro indiviso*, en Don Felipe, y Doña Antonia, à esta el titulo de heredera, con la aceptacion le transfiriò la mitad, que era proprio de Don Felipe; pero fue con los pactos, vinculos, y substituciones que expressa la clausula inserta, num. 13. respeto de los bienes de Doña Ana Maria Torrelles.

132 Con lo que queda convencido, que à Doña Antonia el titulo de heredera de Don Felipe, entre la vtilidad de su vniversal herencia, le diò la de la mitad del lugar, cõ los frutos que percibiò, durante su vida; y es tan considerable esta vtilidad, que es bastante para que Doña Antonia ni su heredero puedan impugnar los gravamenes, y substituciones que impuso Don Felipe en su testamento, por tener estos en su abono, à mas de la aceptacion de la herencia, la correspectividad en la vtilidad; pues si Don Felipe gravò à Doña Antonia en la mitad del lugar, le diò la otra mitad, por medio de la institucion; y assi fue correspectivo el lucro al gravamen. Pereyra *lib. 3. de emphiteu. cap. 17. num. 6.* Tondut. *lib. 2. quæst. civil. cap. 50. num. 37. & 38.* Anton. Gomez *tom. 1. var. cap. 11. num. 24.*

133 Y aun fue excessivo el lucro, porque pertenecieron

ron à Doña Antonia, ademàs del lugar, todos los bienes de la herencia de Don Felipe, que se supone opulenta, segun se ha fundado, por no aver hecho invētarios; y à mas de esto le diò Don Felipe todo lo que se ha ponderado en el Punto 1. Y segun las dotrinas, y fundamentos juridicos, que tanto en aquel, como en el segundo Punto se han procurado manifestar; no puede dudarse, que deven obstarle los pautos, vinculos, y substituciones que puso Don Felipe en su vltimo testamento, por aver vsado Don Felipe con su hija Doña Antonia de la libertad referida.

PVNTO QVRTO.

Que quando no procediesse la demanda, ni tuviesse lugar lo referido, competeria à Don Alonso la retencion del lugar de Lansol, para reintegrarse de los creditos que tiene liquidados.

134 Para justificacion de este Articulo, se deve suponer. Lo primero (dexando el otro credito de las dos terceras partes de las 4000. libras, constituidas por Don Felipe Milan à la dicha Doña Antonia en la capitulacion Matrimonial, de que se haze mencion en la peticion de retencion de 10. de Enero 1693. por no estàr *pronunch* bastantemente verificado.) Que Doña Ana Maria Torrelles en la clausula de su testamento, fol. 17. instituyò heredero à Don Felipe su marido, con obligacion de disponer à su voluntad entre sus hijas Doña Antonia, y Doña Theodosia, y no le privò de la porcion Trebelianica; y este derecho recayò en la herencia de Don Felipe,

lipe, y oy en Don Alonso como heredero substituido, y à su satisfacion està tenida la herencia de Doña Antonia, *ex For.8.de hæredib.instituend.*

135 Lo segundo, que segun se ha ponderado en el Punto 3. la mitad del lugar de Lansol, recayò en la herencia de Don Felipe; y de este passò à Don Alonso, por medio de su madre Doña Luisa Torrelles, desde el dia de la muerte de Don Felipe (sino pareciere aver aceptado Doña Antonia la herencia, por los actos ponderados en el Punto 2.) que sucediò en el año 1653. Y aviendose Doña Antonia ocupado del lugar, y percebido por entero los frutos de aquel, desde el año 1653. hasta el de 85. en que muriò, y despues su heredero, hasta el de 1692. (No obstante, que se le opuso la demanda de que se trata) tiene Don Alonso credito contra la herencia de Doña Antonia en lo que ha importado la mitad de los frutos del lugar, desde el dicho año 1653. hasta el de 1685. Y desde este hasta el de 1692. contra su heredero.

136 Y lo tercero consiste en el credito de 2000. libras del legado, dexado por Doña Ana Maria Torrelles, en su vltimo testamento, que passò ante Iuan Antonio Truxillo en 16. de Iulio 1635. cuyo derecho perteneciò à dicho Don Felipe, y despues al dicho Don Alonso, en virtud del llamamiento, que este hizo à favor de dicho Don Alonso su hermano en su vltimo testamento, de cuyo credito, y del antecedente, se ha hecho nueva instancia de retencion, con suplicacion del primero de Febrero 1694. en la sequela.

137 Con el supuesto de estos creditos ciertos, y constantes, y de su justificacion, que resulta del pleyto, y que Don Alonso se halla con la possession quieta, y pacifica del lugar de Lansol, segun el auto del fol. 291. pag. 2. Y el pleyto de firma de derecho parece cierto, que en caso de no proceder la demanda, le compete à D. Alōso

la

la retencion, ò de la mitad del lugar; que fue proprio de Doña Antonia, por quanto la otra mitad, no siendo transmisible à Don Felipe, la facultad de elegir, es propria de Don Alonso, ò de todo el lugar, en caso de darse por transmisible, y no justificada la demanda, respeto de los creditos.

138 Prueba la proposicion el texto, *in leg. vnica, C. etiam ob chirographariam pecuniam pignus teneri posse*, con estas palabras: *At si in possessione fueris constitutus, nisi ea quoque pecunia tibi à debitore reddatur, vel offeratur, quæ sine pignore debetur eam restituere propter exceptionem doli mali non cogeris. Iure enim contendis debitores, eam solam pecuniam cuius nomine ea pignora obligaverunt, offerentes; audiri non oportere, nisi pro illa etiam satisfecerint, quam mutuam simpliciter acceperunt, leg. si necessarias* 8. *§. Si pignor.* 1. *ff. de pignoratitia action.* ibi: *Reliqua mancipia potest retinere donec ei caveatur, quod evictionis nomine promisserit, leg. si quis ante* 10. *§.* 1. *ff. de adquirenda possessione*, ibi: *Denique rei conservandæ causa, legatorum damni infecti, non posident, sed sunt in possessione custodiæ causa.* Merlin. *de pignorib. decis.* 1. *per totam, & decis.* 78. *num.* 6. Negusancio *de pignorib. part.* 3. *memb.* 1. *num.* 17. Gracian. *dicept. forens. cap.* 356. *n.* 28. Fontanel. *tom.* 2. *decis.* 545. *num.* 9.

139 Lo que procede, aunque el credito no sea hypotecario, *dict. leg. vnica, C. etiam ob chirographariam pecuniã &c.* Gracian. *dicept. forens. cap.* 731. *n.* 24. Surd. *decis.* 46. *num.* 9. *& lib.* 2. *cons.* 248. *num.* 16. *in fin.* Merlin. *dict. decis.* 1. *num.* 2. *& dict. decis.* 78. *num.* 8. Fontanel. *tom.* 1. *decis.* 208. *num.* 18.

140 Y aunque la Condesa pretenda, que seria nula, y atentada la possession de Don Alonso, por averla tomado despues de la instancia de su inhibicion; y que por esto no siendo legitima la possession, no tendria retencion; tiene satisfacion cabal la impugnacion.

141 Porque la instancia de la pretendida inhibicion, la puso Vitor de Salafranca, como à Procurador de Don Antonio de Calatayud, siendo este vivo, como supone la Peticion, y sin tener derecho al lugar; y aunque le tuviesse por su muerte, quedò vacua la possession, que del tenia. Post. *decis.* 77. *numer.* 7. Y assi despues de sus dias, la pudo ocupar el successor legitimo, qual es Don Alonso, *idem*, Post. *decis.* 339. *num.* 1.

142 Y quando no fuesse subsistente la possession de Don Alonso, bastaria para el intento la insistencia, ò detencion. Fontanel. *tom.* 2. *dict. decis.* 545. donde en el numero tercero propone la diferencia que ay entre posseer, y estàr en possession. Y en el num. 4. defiende, que el acreedor deve ser conservado en la possession de la cosa, *ratione sui crediti, ex dict. leg. si quis ante* 10. §. 1. *ff. de adquirenda possessione*; y en el num. 5. dize: *Possidere denotat, & importat veram, & propriam possessionem: esse autem in possessione non ita, sed solam insistentiam, & detentionem tantum.* Y que esta baste para mantener al acreedor en la possession, lo sintiò Fontanel. fundado en la *decis.* 51. de la Rot. *apud Ludov. Post. post tract. de manutent. num.* 8. *& decis.* 129. *num.* 2. ibi: *Quia nihilominus ex ista detentione debetur offitio Iudicis manutentio in hoc statu detentionis.*

143 Con estos, y otros fundamentos establece Fontanel. *dict. decis.* 545. *num.* 9. Que en este caso se le concede la retencion à qualquier acreedor por sus creditos, y en el num. 12. dize: *Bonum exemplum est quod de pignore adducitur in eodem contrario in quo non est dubium dari manutentionem creditori possidenti illud.* Y en los numeros siguientes añade otros exemplos, para provar, que aun cessando la primer causa de la possession, se concede la retencion, *pro alio credito*; y en el num. 18. concluye con el exemplo que trae, *lib.* 2. *de pactis claus.* 7. *glos.* 3. *part.* 6. *ex num.* 43. de la muger que estando satisfecha de su dote, y esponsalicio tiene otro credito, y responde, que le compete

tam-

tambien retencion; *donec esset soluta*; y lo apoya entre otras, con autoridad de Trentasinq. *variar. resol. volum. 1. lib. 3. tit. de pignorib. resol. 1. per totam*, y de Merlin. *de pignorib. lib. 3. tit. 2. quæst. 76. à num. 1. usq. ad 23.*

144 De lo que se infiere, que si la retencion se concede por qualquier credito, con mayoria de razon se deve conceder por creditos tan privilegiados, como los que tiene Don Alonso, y quedan ponderados.

Por todo lo qual, y lo que sabrà suplir este Supremo Consejo, espera Don Alonso muy à su favor la declaracion.

Lic. D. Dionisio Rogerio y Lercara.